WINFRIED HASSEMER

CRÍTICA AL DERECHO PENAL DE HOY

Norma, interpretación, procedimiento.

Límites de la prisión preventiva.

Traducción de PATRICIA S. ZIFFER

5cd
3
ed.
MECE.

AD·HOC

CRÍTICA
AL DERECHO
PENAL DE HOY

Winfried Hassemer

CRÍTICA AL DERECHO PENAL DE HOY

Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva

Traducción de Patricia S. Ziffer

AD·HOC

Primera edición: mayo 1995
Segunda edición: febrero 1998
Primera reimpresión: febrero 2003

345
HAS

Hassemer, Winfried
Crítica al derecho penal de hoy. - 2ª ed. 1ª reimp.
Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.
128 p.; 23x16 cm.

ISBN: 950-894-111-1

I. Título - 1. Derecho penal. 2. Proceso Penal-Características.

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Sitio: www.adhoc-villela.com
Librería virtual: www.editorialadhoc.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-111-1

ÍNDICE

CAPÍTULO I

¿UN DERECHO CORRECTO MEDIANTE UN LENGUAJE CORRECTO? — ACERCA DE LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL —

I. *Por qué el lenguaje es tan importante para el derecho*. 13
1. Codificación 14
2. División de poderes 16
3. Derecho moderno 17
II. *Por qué el derecho penal tiene problemas especiales con el lenguaje* 18
1. La peligrosidad del derecho penal 18
2. El principio de legalidad 20
III. *Cómo se intenta asegurar el lenguaje correcto* 23
1. Teoría del derecho y teoría de los métodos 23
2. Dogmática penal 27
a) Corrección y falsación 27
b) Prohibición de analogía 29
IV. *Cómo se logra el aseguramiento del idioma correcto* 32
1. Casos 32
2. Fundamentos 33
a) La discusión de los juristas; sentido versus texto 33
b) Lenguaje coloquial versus lenguaje de los juristas 35
c) Opinión judicial versus opinión popular 35
d) Analogía versus interpretación 37

V. Qué se sigue de lo anterior 41
Bibliografía 45

CAPÍTULO II
EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN EL DERECHO PENAL "EFICIENTE"

I. La violencia omnipresente 49
1. La percepción social de la violencia 49
2. La actitud social frente a la violencia 52
a) Filosofía política 53
b) Criminología 54
II. El derecho penal "eficiente" 56
1. La política 57
a) Represión de la violencia 57
b) Manejo 58
2. La teoría 59
3. La dogmática 60
a) "Capacidad funcional de la administración de justicia penal" 61
b) Ponderación de bienes 63
III. Dos cuestiones 64
1. Amenaza 64
2. Eficiencia 65
IV. Resumen 66

CAPÍTULO III
LINEAMIENTOS DE UN PROCESO PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO

I. Consideraciones previas 69
II. Conceptos y marco de fondo 70
1. Proceso penal 70
a) Características del proceso penal 71
b) Procedimiento penal y derecho procesal penal .. 73
2. Conformidad al estado de derecho 74
a) Estado de derecho y estado social 75

b) Estado de derecho y estado eficiente 79
III. Caracterización de un procedimiento penal conforme al estado de derecho 82
1. Teoría y práctica 82
2. Concepto de verdad procesal 84
a) Teoría del conocimiento 85
b) Derecho constitucional 86
c) Derecho procesal penal 87
3. Validez de principios indisponibles 88
4. La división de poderes en el proceso penal 90
a) Procedimiento acusatorio 91
b) Independencia de la administración de justicia. 91
c) Derechos de participación efectivos del imputado 93
IV. La situación actual en la República Federal de Alemania 94
1. Desarrollo general 94
2. Ejemplos 96
a) Soluciones informales 96
b) Testigos de la corona 97
c) Tratos en el proceso penal 98
V. Posibilidades de un procedimiento penal conforme al estado de derecho 99

CAPITULO IV
LOS PRESUPUESTOS
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

I. La discusión actual 105
1. Derecho comparado 106
2. Los hechos del derecho 107
3. Consecuencias 113
II. Los parámetros normativos 114
1. Legitimación de la prisión preventiva 115
2. Límites de la prisión preventiva 117
a) Presunción de inocencia 117

b) Prohibición de exceso 120
3. Política criminal a largo plazo 124
III. Conclusiones 126

Capítulo I

¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto?

*Acerca de la prohibición de analogía en el derecho penal**

SUMARIO: *I. Por qué el lenguaje es tan importante para el derecho.* 1. Codificación. 2. División de poderes. 3. Derecho moderno. *II. Por qué el derecho penal tiene problemas especiales con el lenguaje.* 1. La peligrosidad del derecho penal. 2. El principio de legalidad. *III. Cómo se intenta asegurar el lenguaje correcto.* 1. Teoría del derecho y teoría de los métodos. 2. Dogmática penal. *a)* Corrección y falsación. *b)* Prohibición de analogía. *IV. Cómo se logra el aseguramiento del idioma correcto.* 1. Casos. 2. Fundamentos. *a)* La discusión de los juristas: sentido versus texto. *b)* Lenguaje coloquial versus lenguaje de los juristas. *c)* Opinión judicial versus opinión popular. *d)* Analogía versus interpretación. *V. Qué se sigue de lo anterior. Bibliografía.*

* Traducido directamente a partir del manuscrito en lengua alemana: *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? — Zum Analogieverbot im Strafrecht.*

I. POR QUÉ EL LENGUAJE ES TAN IMPORTANTE PARA EL DERECHO

"Derecho y lenguaje" es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje, comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos. Cuando se habla —intimidatoriamente— de "ejecución" de decisiones jurídicas, no se debe pensar en el disparo del policía o en la mano del funcionario de ejecución de la pena; se puede tener la esperanza de que las decisiones se impongan en la vida cotidiana mediante el lenguaje, comprensión y cumplimiento. Ésa es la relación entre derecho y lenguaje vista desde afuera: desde allí donde el derecho llega al mundo que debe juzgar y ordenar.

La perspectiva desde lo interno aparece, en última instancia, idéntica. Esta perspectiva se orienta a la relación del derecho consigo mismo, especialmente a las directivas que dispone nuestra Constitución —como parámetro de todo derecho que aquí rige—. Entre estas directivas, dos son de decisiva importancia para la relación entre derecho y lenguaje: el

carácter escrito de las reglas fundamentales y la división de poderes. Ambas apuntan al mismo problema, sólo que por vías diferentes.

1. **Codificación**

Nuestro sistema jurídico ha sido organizado mediante codificación, es decir, mediante el conjunto ordenado de normas escritas; ese conjunto es al que hoy hacemos referencia cuando hablamos de "leyes". La forma de organización de la codificación no es obligatoria ni histórica ni normativamente; como se puede ver especialmente a partir del ordenamiento jurídico angloamericano, es posible organizar un derecho moderno y adecuado al estado de derecho mediante un sistema de *case law*, en el cual las reglas jurídicas fundamentales no deben estar fijadas de antemano y por escrito, sino que pueden ser elaboradas paso a paso a partir de la decisión de un caso jurídico y los casos similares subsiguientes (a pesar de lo cual, por el momento, puede dejarse de lado la cuestión de si un derecho casuístico está en peores condiciones que la codificación para satisfacer las necesidades del mundo moderno en cuanto a seguridad y previsibilidad de las decisiones jurídicas).

Una vez que se ha elegido la codificación como forma de organización de las reglas jurídicas fundamentales, esto tendrá necesariamente amplias consecuencias en cuanto a la importancia del lenguaje en el derecho. Pues en ese caso la ley adquiere una función de parámetro que, por lejos, no se puede comparar con el rol de los *precedents* (es decir, las

decisiones anteriores similares en un caso jurídico concreto) en un sistema de derecho casuista: la ley no solamente antecede a la decisión, sino que es creada por medio de un procedimiento específico, con competencias particulares, es publicada según reglas especiales en un lugar destacado, ha sido elaborada y decidida cuidadosamente por los representantes del pueblo electos y, por ello, solamente se procede en forma consecuente cuando se somete a la "reserva de la ley" a todas las decisiones esenciales: la función de parámetro central para el juzgamiento de la juridicidad se atribuye a la ley escrita y surgida conforme al ordenamiento.

Con la ley, también el lenguaje adquiere importancia. La justicia, el Poder Ejecutivo, asociaciones, instituciones, particulares, todos aquellos que tienen que preguntarse acerca de cuál es el derecho que aquí rige, son remitidos a la ley, y de este modo, a un objeto que no es solamente lenguaje —los precedentes también lo son—, sino, al mismo tiempo, el resultado de esfuerzos específicos en pos de la corrección idiomática, y objeto de múltiples esfuerzos en cuanto a la precisión y la seguridad del significado del lenguaje: la ley es, por un lado, el punto de cristalización de la teoría del derecho y de la teoría del método, y de la dogmática, por el otro; está flanqueada por reglas incluso acerca del manejo de las leyes, y enriquecida con paráfrasis de su contenido respectivo; está rodeada por el derecho judicial y por las aclaraciones y complementaciones practicadas científicamente por la dogmática; es, en síntesis,

el centro de una empresa gigantesca relativa a la significación de los símbolos del lenguaje.

2. **División de poderes**

La concreción de la división de poderes, un principio fundamental del estado de derecho democrático, en la relación de la legislación con el Poder Judicial, pero también con el Poder Ejecutivo, depende en buena medida de que el lenguaje de la ley tenga éxito. En un Estado con división de poderes, el Poder Legislativo tiene, *de iure*, una función conductora y de delimitación frente a los otros dos poderes, que se ejerce mediante el instrumento de la ley. En el ámbito de la jurisprudencia, esto es designado como la "sujeción a la ley", y se asocia a ello que el juez solamente debe ejecutar la ley, sin poder agregarle nada a su contenido, y que debe sometérsele en forma total. La sujeción del juez a la ley está asegurada constitucionalmente; es fundamental.

Si el legislador —por el motivo que sea— no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites. Estos límites son, en buena medida, construcciones del lenguaje; con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes.

3. **Derecho moderno**

El sistema jurídico de la sociedad moderna, caracterizado por la capacidad de elaborar problemas complejos y de tomar posición en forma flexible frente a los cambios veloces del mundo exterior, naturalmente, tiene dificultades con estos principios. El legislador tiene menos movilidad que la jurisprudencia, o, incluso, que el poder administrador. Una adecuación del sistema jurídico al cambio social mediante la modificación de las reglas legales —tal como lo exigen los principios de la codificación y de la división de poderes— es cada vez más anacrónica. Por ello —y porque las decisiones del legislador en un mundo de inseguridad normativa son cada vez menos probables— el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor.

Las consecuencias de este desarrollo para el sistema jurídico y el Estado, como es evidente, son importantes. Ellas no deberían ser tratadas aquí, pues en nada modifican la importancia fundamental del lenguaje para el derecho. Sólo que esta importancia se manifiesta con otro ropaje. Hoy se encuentra en el primer plano del manejo del jurista con el lenguaje no tanto el arte de la interpretación (de la ley), sino más bien el arte de la argumentación (en el extenso ámbito de la decisión del producto legal). El objeto de los esfuerzos jurídicos de comprensión no son tanto la aplicación de la ley, sino la indicación del derecho judicial, de la jurisprudencia de los

tribunales superiores; en cualquier caso, de lo que se trata es de lenguaje.

II. POR QUÉ EL DERECHO PENAL TIENE PROBLEMAS ESPECIALES CON EL LENGUAJE

La tendencia del legislador moderno a expresarse más bien en forma poco clara, y de cargar el peso de la decisión cada vez más en hombros ajenos, tiene diferente intensidad según las ramas del derecho, y también, diferentes consecuencias. Hay ramas del derecho que, por así decirlo, se encuentran en movimiento por su propia naturaleza (como por ejemplo, el derecho económico o impositivo), mientras que hay otras ramas que se apoyan más bien en regulaciones en cierto modo eternas (como, por ejemplo, el derecho de familia o el derecho penal). Los ámbitos "móviles" toleran mejor que los "eternos" un derecho judicial flexible. En estos últimos, las modificaciones normativas sorpresivas, frecuentes y no espectaculares transmiten la sensación de inestabilidad e irritación, mientras que en los otros, puede ser un indicio de presencia y modernidad.

1. **La peligrosidad del derecho penal**

En el derecho penal, como ámbito del derecho ciertamente más perdurable, las modificaciones normativas deben ser reflexionadas cuidadosamente, tomarse el tiempo necesario para ellas, y cuando se ejecutan, deben ser puestas en escena en forma solemne (o por lo menos, se debe dar esa impresión):

las normas de derecho penal son aquellas regulaciones sociales que se asientan más profundamente en nosotros. (Por eso, los juristas penales se refieren a veces a su materia como a un "mínimo ético".) Aun cuando una norma penal, como por ejemplo la interrupción del embarazo, esté frecuentemente en discusión, su modificación (por ejemplo, su eliminación) presupone una puesta en escena que garantice la seriedad solemne con que asociamos a las normas penales.

Esto se relaciona con el hecho de que el derecho penal dispone de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas: privación de libertad en la forma de la pena de prisión, desapoderamiento patrimonial, en forma de penas de multa, tratamientos coactivos, prohibición de conducir, inhabilitación para cargos públicos, para ser elegible o para votar, como consecuencias jurídicas luego de la finalización de un procedimiento; prisión preventiva, allanamiento, secuestro de objetos, intervenciones telefónicas y grabación de conversaciones, extracciones de sangre y revisiones coactivas en un hospital durante el proceso: estos instrumentos son tan peligrosos, que una sociedad civilizada debe asegurarlos de distintas formas y protegerlos de modo tal que no caigan en manos indebidas, y sean utilizados por las debidas en forma cuidadosa, igualitaria y proporcionada.

Sobre todo la filosofía política de la Ilustración tuvo como consecuencia que las teorías de derecho penal y de la pena, y la praxis en la legislación, la jurisprudencia y la ejecución, hayan respetado estos presupuestos, y los hayan elaborado. El derecho

penal conforme al estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda "lucha" contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal —esto es, en las peores lesiones producidas por la mano del hombre—: derechos fundamentales no solamente de la víctima, sino también de los testigos y, sobre todo, de los sospechosos del hecho. El derecho penal es también el derecho de protección del imputado, y también del autor; protección frente a un "proceso abreviado", frente a una reacción desproporcionada y frente a un juicio apresurado frente a los circundantes. Nuestras leyes penales disponen, por ello, de un arsenal de medios de protección jurídica: derechos a callar, a negarse a testificar, a ser defendido por un profesional (eventualmente, a cargo del Estado), a defenderse frente a una acusación; los deberes de fundamentar las decisiones y permitir su control, de acelerar el procedimiento (pero no en contra de los intereses legítimos del afectado), de no perjudicar al condenado en forma desproporcionada, de tratar a quien no está condenado por sentencia firme como si fuera inocente (aun frente a graves sospechas), y de protegerlo frente a imputaciones calumniosas...

2. **El principio de legalidad**

La calidad de los bienes jurídicos que debe proteger, y la peligrosidad de los instrumentos que puede

utilizar para esa protección, colocan al derecho penal en una relación especial, no solamente respecto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal, sino también respecto del lenguaje. Como hemos visto (*supra*, I), es justamente el lenguaje el que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico. La seriedad que debe regir precisamente en el derecho penal acentúa nuevamente la importancia del lenguaje en esta rama del derecho.

Los estrictos instrumentos del derecho penal son restringidos no solamente mediante principios y posiciones jurídicas (como el principio de proporcionalidad o el derecho de defensa), sino también mediante el modo del lenguaje jurídico-penal. A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada. En lugares de importancia, en la Constitución (art. 103, II, GG) y en la primera norma del Código Penal (§ 1, StGB), se dispone con las mismas palabras: "un hecho solamente puede ser penado si la punibilidad estaba determinada legalmente antes de que el hecho fuera cometido".

El precepto suena más inofensivo que como lo entienden los juristas penales. Pues se extrae de él —en un infrecuente acuerdo, y en coincidencia con la extensa tradición del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*— cuatro estrictas instrucciones para el legislador y el juez penales.

El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*); el legislador y el juez penales no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado

(prohibición de retroactividad: *lex praevia*); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: *lex stricta*).

El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como "principio de legalidad". Del respeto de ello se espera una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación del derecho y en su justificación, y de este modo, una mejor previsibilidad, y al mismo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales.

La legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Es un principio político, es decir, discutido y siempre lesionable, y los ejemplos de lesiones son numerosos y diversos. En cuanto a estos ejemplos, aquí solamente se los tratará desde un punto de vista específico: las lesiones de la *lex stricta*, de la prohibición de analogía.

La prohibición de analogía es, por lo menos a primera vista, un mandato para el juez penal: ninguna condena ni agravación de las consecuencias jurídicas sobre la base de la aplicación analógica de la ley. Pero también tiene que ver con la legislación: cuanto más inteligente y claramente esté formulada la ley, tanto mejor pueden (quizá no evitarse, pero por lo menos) señalarse y corregirse las infracciones contra la prohibición de aplicación analógica de la ley. En la imagen ideal de una justicia penal exitosa, conforme al estado de derecho, legislador y juez, *lex certa* y *lex stricta*, se dan mutuamente la mano.

En este marco, la gente sabe con precisión —o puede enterarse fácilmente— qué reacciones y qué procedimientos acarrean consigo tales conductas, y los juristas penales saben con precisión qué hay que hacer. Todos están en condiciones de conocer la práctica, de controlarla, y eventualmente, de corregirla: los peligrosos instrumentos del derecho penal son aplicados solamente en el momento correcto, en la dirección correcta y en la medida correcta; están sujetos a principios que deben garantizar la protección de los derechos fundamentales de los afectados.

III. CÓMO SE INTENTA ASEGURAR EL LENGUAJE CORRECTO

A partir de estos augurios, no sorprende que los juristas penales se esfuercen por crear y asegurar los presupuestos de la fidelidad a los principios, transparencia y controlabilidad de la acción del derecho penal. Lo hacen a través de dos vías. Una —que conduce a través de los ámbitos de la teoría del derecho y la teoría del método—, se refiere a la estructuración metódica de la relación entre ley y aplicación de la ley penal en general; la otra —a través de la dogmática penal—, está asentada sobre la particular situación del derecho penal.

1. Teoría del derecho y teoría de los métodos

Más allá de todas las ramas del derecho, y a pesar de todas sus metas y puntos de partida específicos, los juristas han desarrollado instrumentos metódicos

de validez general para manejarse correctamente con la importancia del lenguaje para el derecho (*supra*, I). Entre estos instrumentos, resultan de importancia las teorías que deben asegurar la aplicación igualitaria de las leyes dadas: las teorías de la interpretación. Son, al mismo tiempo, llanas y necesarias: "concreta en tu interpretación el texto de la ley"; esta exigencia "gramatical" es consecuencia de la circunstancia de que las leyes son construcciones de lenguaje y de que los jueces están vinculados a esas leyes. "Respeta el contexto sistemático en que se encuentra la palabra, la oración o la norma": esta orden "sistemática" extrae conclusiones de que el legislador, más o menos estricto, coloca las normas en un ordenamiento, y mediante ese ordenamiento también proporciona informaciones materiales en cuanto a la semántica. "Respeta la voluntad del legislador histórico": esta obediencia "histórico-subjetiva" es lo mínimo que el legislador puede pedir del juez que debe aplicar la ley. "Extiende el sentido de una ley a la realidad": esta teoría "teleológico-objetiva" es la más pura de las exigencias metodológicas al juez; exige una obediencia "pensante". "No abandones nunca en tu interpretación de la ley los límites de la Constitución": algo verdaderamente obvio en un ordenamiento jurídico que mide las leyes simples con el parámetro de la Constitución; tanto más, por supuesto, su interpretación.

Estos cánones —salvo la interpretación "conforme a la Constitución", naturalmente— tienen en su formulación vigente 200 años de antigüedad, y desde entonces prometen, para el supuesto de su cumpli-

miento, la fiel prolongación de la ley a la realidad a que hacen referencia. Tan antiguo como estas reglas es también el escepticismo acerca de su efectividad.

La práctica en la interpretación de la ley no se atiene a las reglas científicas del método, tal como se puede ver fácilmente en un análisis más profundo; al no hacerlo, naturalmente, no procede meramente lesionando reglas (esto sería el mejor resultado para la teoría del método), sino, por su parte, estableciendo reglas: existiría una "teoría de la práctica" que, naturalmente, de manera informal, contendría, respetaría y, dado el caso, sancionaría, un conjunto de reglas para la comprensión e interpretación de las leyes; este conjunto de reglas se diferenciaría materialmente del de la teoría del método.

Esa posición de la práctica sería totalmente razonable; pues los cánones de interpretación de la teoría del método no estarían cumpliendo lo que prometen, y, en esa medida, cumplirían una función totalmente distorsionante: dado que la elección de una determinada vía de interpretación (como por ejemplo, la interpretación histórica en lugar de la gramatical) implica típicamente un determinado resultado de la interpretación (que sería diferente si se eligiera otra vía interpretativa), los cánones de interpretación solamente podrían ser ricos en consecuencias para el resultado de la interpretación si hubiera algo así como un meta-canon: un conjunto de reglas que no solamente ponga a disposición y describa los cánones individuales, sino que, además de ello, prescriba en forma precisa en qué situaciones de decisión debe elegirse cada uno de los cánones;

sólo entonces estaría determinada métodicamente la conducta interpretativa del juez. Este meta-canon no existe. Por lo tanto, la elección de la vía interpretativa, y de este modo, también el resultado de la interpretación, resultan metodológicamente arbitrarios. Las reglas de interpretación servirían, quizá, para la justificación, pero no para la decisión del derecho, serían una *façon de parler*, instrumentos para la representación, pero no para la construcción del resultado de la decisión.

Si se sigue esta crítica —y no veo cómo podría ser refutada *au fond*—, entonces no se puede esperar demasiado de la teoría del derecho y de la teoría del método para el aseguramiento del lenguaje correcto, y con ello, para una relación entre ley y aplicación de la ley conforme al estado de derecho. Metodológicamente, es difícil sujetar al juez a una cadena, y las experiencias que pudimos, o que debimos hacer —bajo la vigencia de un mismo texto legal— en cuanto a los resultados de la jurisprudencia frente a diferentes constelaciones sociales y políticas confirman esta conclusión. Para ello no hace falta recurrir siquiera a los ataques extremos que caracterizaron a una "interpretación ilimitada" (Bernd Rüthers) bajo el nazismo; para la comprensión de nuestro mundo es más productivo considerar, por ejemplo, las "reconstrucciones" de la ley orientadas a las consecuencias por medio de la jurisprudencia, a la que se debe una estrategia bien intencionada de adaptación del sistema de justicia moroso, a los rápidos cambios sociales, y que a estos fines trata a la ley más como un estímulo que como un límite para la decisión jurídica del juez.

2. **Dogmática penal**

Desde el punto de vista de esta conclusión, es posible entender por qué el derecho penal, en cuanto rama del derecho especialmente vinculada al lenguaje y a la comprensión del lenguaje, ha desarrollado sus propias precauciones para la elaboración de un derecho correcto con un lenguaje correcto. Antes de entrar a considerar la prohibición de analogía en particular, en tanto mandato central al juez a partir del principio de legalidad del derecho penal, quizá resulte de utilidad una reflexión previa.

a) *Corrección y falsación*

El programa "derecho correcto mediante un lenguaje correcto" no debe ser cargado hoy con excesivas expectativas, como si una correcta comprensión y utilización del lenguaje fuera a garantizar que el resultado también sea correcto. Una idea semejante tendría fuerza de derecho natural y eso no es posible producirlo desde un tiempo limitado: naturalmente se debe tomar siempre en cuenta (como lo hemos vivido y como lo vivimos todavía) que el ilícito aparece en un correcto ropaje lingüístico, que el delito y la lesión al derecho en forma de ley no son reconocibles ya por sus errores lingüísticos sino por indicadores materiales de que existen leyes injustas. Un lenguaje correcto, por lo tanto, puede no producir un derecho correcto.

Pero un lenguaje incorrecto puede excluir un derecho correcto. Si uno se representa la enorme

importancia que tiene el idioma correcto para el derecho en general (*supra*, I), y para el derecho penal en particular (*supra*, II), entonces es posible ver la fuerza de falsación del instrumento lenguaje en el derecho: la coincidencia de la sentencia judicial con la ley que la rige ya es un valor jurídico por sí mismo, prescindiendo de su contenido; la sujeción a la ley debe ser. Por lo tanto, una sentencia judicial que no puede invocar la ley no puede ser derecho correcto. (El hecho de que exista una negativa legítima del juez en contra de una ley injusta, es decir, que la desobediencia frente a una ley pueda ser un mandato jurídico, si bien pertenece a nuestras experiencias normativas, no elimina el valor de la sujeción del juez a la ley en la cotidianeidad normal de la interpretación de la ley.)

Por lo tanto, el medio lenguaje es un factor de falsación en el negocio de la aplicación de la ley, no de verificación. No produce la corrección de los resultados de la interpretación, pero indica la falsedad en el caso normal del funcionamiento de la justicia penal conforme al estado de derecho. Éste es un resultado magro sólo si se despierta la ingenua expectativa de que en el ámbito del derecho existe siempre solamente un resultado correcto, y que éste puede ser deducido de la ley mediante la subsunción. Es un resultado significativo desde el punto de vista de la realidad del manejo judicial con la ley, que está determinado por marcos de decisión, creación de derecho y, normalmente, por una gama de soluciones sostenibles.

b) *Prohibición de analogía*

La dogmática penal, como el conjunto ordenado de paráfrasis y concreciones de las leyes penales vigentes, ofrece ayuda si es pensada conjuntamente con la prohibición de analogía.

Al igual que las reglas de interpretación en la teoría del derecho y la teoría del método (*supra*, III, 1), también la dogmática jurídica formula indicaciones para aquel que interpreta la ley, en un nivel de abstracción intermedio entre la ley y la decisión del supuesto de hecho. Pero a diferencia de las reglas de interpretación, las manifestaciones de la dogmática están sujetas a la ley vigente, se sostienen y caen con ella; si, por ejemplo, la interpretación histórico-subjetiva exige el respeto de determinada voluntad legal, la dogmática de la legítima defensa informa acerca de qué es lo que, en concreto, dice la formulación "agresión actual antijurídica" (contra la cual uno puede defenderse) en el tipo de la legítima defensa; si la ley se modifica, seguramente la respectiva parte de la dogmática jurídica se tornará obsoleta, pero ello no ocurrirá con ninguna regla de interpretación.

Ambos conjuntos de reglas coinciden en el objetivo de asegurar el trabajo con la ley, hacerlo consistente, transparente y, de este modo, controlable. Ninguno de los dos cuenta con la bendición jurídico-constitucional de la ley (que sienta profundos basamentos en la sujeción de la jurisprudencia en un estado con división de poderes); pero la dogmática penal, en todo caso, ofrece una extraordinaria cantidad de informaciones acerca del "verdadero" conte-

nido del mandato legal, las cuales son ordenadas en forma cuidadosa y accesible para los juristas en comentarios y compilaciones de resoluciones, de modo tal que estén disponibles en todo momento como auxiliares de la decisión. Y en la práctica de la actividad decisoria no resulta nada sencillo argumentar y resolver en contra de una opinión "mayoritaria" o "dominante".

Se debería esperar que un idioma correcto en el derecho penal, mediante la unión de la dogmática penal y la prohibición de analogía, pudiera ser garantizado en una gran medida. Las paráfrasis y concreciones del texto legal que ofrece la dogmática penal son nuevamente aseguradas metódicamente, por cierto, en la prohibición de analogía (otra vez, no en la forma fundamental de la sujeción a la ley, pero sí en la forma pragmática de la tradición jurídico-penal de la comprensión de la ley).

Esta expectativa sería, en buena parte, también correcta. En la vida cotidiana de la justicia penal, el experto sabe bastante bien qué es lo que se debe esperar con respecto a la definición de la conducta punible y con respecto a la sanción, en el caso de una condena. La dogmática penal, elaborada conjuntamente por la jurisprudencia y por la ciencia que la sostiene, ha ido cincelando con el correr del tiempo los conceptos "daño patrimonial" en la estafa, o "violencia" en el robo, coacción o violación, y en todo caso, los ha trabajado de modo tal que sabe acerca de qué se puede discutir y qué no, hacia dónde se dirige el desarrollo en ese momento, y de qué lado están los batallones más fuertes. Esto no es poco.

Y sin embargo no alcanza. Quien no está aconsejado o defendido por un jurista penal profesional, en muchas situaciones no puede prever qué es lo que le espera. El Código Penal —justamente por estos cincelamientos y paráfrasis realizados por la dogmática penal— no constituye una fuente confiable, y los comentarios no resultan comprensibles ni accesibles para el lego. Pero tampoco el experto puede, en muchos casos particulares, pronosticar en forma confiable cómo decidirán los tribunales.

Esto se ve claramente en la medición de la pena (¿tres o cuatro años?, ¿por qué justamente tanto?), pero también ocurre en la clasificación típica de la conducta: la función esencial de los tribunales penales superiores consiste en establecer en forma vinculante para el caso particular cómo se debe entender un concepto legal. En cada uno de estos casos particulares, juristas penales profesionales discutieron acerca de la comprensión correcta, y el afectado se entera de la comprensión correcta recién con la fuerza jurídica de su sentencia: demasiado tarde.

Naturalmente, es posible justificar todo esto haciendo referencia a la vitalidad del lenguaje y del derecho, a su necesaria vinculación con el cambio social, a que los jueces son hombres y no máquinas, etcétera. Igualmente, los juristas penales, teniendo en cuenta la peligrosidad del derecho penal (*supra*, II, 1), no pueden quedarse tranquilos con estas referencias; deben intentar asegurar la comprensión correcta, sin quitarle la vida al derecho penal. Para ello debe servir la prohibición de analogía. Se debe lograr que el

afectado no se vea sorprendido por el derecho penal con injerencias que ningún hombre razonable podía prever: la ley penal no puede ser aplicada analógicamente *in malam partem*.

IV. CÓMO SE LOGRA EL ASEGURAMIENTO DEL IDIOMA CORRECTO

Si uno se quiere convencer del valor de un principio que tiene por objeto la protección de los hombres, entonces, de vez en cuando vale la pena observar al principio en acción y preguntarse acerca de sus aportes para la práctica de la justicia.

1. **Casos**

Desde este punto de vista, la prohibición de analogía no se ve muy bien. Los siguientes hallazgos en la jurisprudencia de tribunales superiores son notables. Así, por ejemplo, pueden valer:

- los ácidos diluidos, como "arma";
- el suministro sin violencia de un somnífero como "uso de violencia";
- el plan de apoderarse de un libro con la finalidad de devolverlo inmediatamente después de su lectura como "ánimo de apropiación";
- un vehículo automotor como "carro uncido";
- el alejamiento disculpado del lugar del accidente, a pesar del regreso posterior allí, como "fuga del lugar del accidente";
- el cerrar un acceso permaneciendo sentado, como "violencia".

Éstos son, naturalmente, casos extremos, y para cada uno de ellos el jurista penal podría llegar a una explicación plausible. Igualmente, arrojan una luz de advertencia sobre nuestro problema: cómo se trabaja en la práctica de los tribunales penales en el aseguramiento del lenguaje correcto, hasta dónde alcanza realmente la prohibición de analogía. (No puede serle atribuido como mérito a la prohibición de analogía que diariamente se llegue a la comprensión de las leyes en la justicia penal; pues esta prohibición no debe servir para el caso normal, sino justamente evitar aquellas alteraciones extremas como las que enumeramos; no es un principio para los buenos tiempos, sino para los malos, y por ello, debería prevenir los casos extremos.)

Esto conduce a la cuestión acerca de los presupuestos de una significación práctica de la prohibición de analogía; la respuesta a esta pregunta presupone, por su parte, tener en claro dónde se hallan las dificultades de esta prohibición.

2. **Fundamentos**

a) *La discusión de los juristas; sentido versus texto*

Naturalmente, la prohibición de analogía —y éste es su problema central— se encuentra en discusión entre los juristas, al igual que todos los principios fundamentales del derecho. A pesar de que justamente aquí el consenso profesional en cuanto a la justificación de la existencia del principio es tan

intenso como pocas veces sucede (*supra*, II, 2), se encuentra en discusión qué es lo que debe significar en lo particular:

- la prohibición de interpretar extensivamente una ley penal (y qué significaría esto en concreto);
- la prohibición de ir más allá del sentido de la ley;
- la prohibición de abandonar el real significado de las palabras.

Si se acuerda ampliamente dejar de lado la interpretación extensiva y el sentido de la ley (porque si no, por la vaguedad de estos criterios, se llegaría solamente a nuevos problemas de interpretación, en lugar de a una fijación confiable de los límites) entonces, se plantean, naturalmente como nuevas preguntas, qué se debe entender por "significado real de las palabras" y cómo debe ser averiguado este significado en el caso concreto. Las ofertas respecto a lo primero: el lenguaje técnico jurídico, el lenguaje coloquial, el sentido posible o real (?) de la palabra, el significado natural (?) de la palabra, el significado del contexto en que se encuentra la palabra (?). En cuanto a la segunda pregunta, los juristas penales, en la medida en que tienen sensibilidad frente a las posibilidades de la práctica y las tareas de la jurisprudencia, están de acuerdo en que el juez competente según el derecho de constitución de los tribunales y el proceso penal para la decisión, está facultado para la determinación válida de la palabra. Algunos teóricos intemperantes del derecho insisten, por cierto, en la exigencia de que el juez, en caso de duda, debería orientarse demoscópicamente acerca

de la utilización real de la palabra; de otro modo, no sería posible justificar un juicio acerca de su sentido.

Con esto, los problemas resultan evidentes.

b) *Lenguaje coloquial versus lenguaje de los juristas*

Si la prohibición de analogía —que prescindiendo de matices, nadie pone en discusión—, tiene en todo caso también la función de proteger a las personas afectadas de sorpresas penales, entonces, el criterio de su ámbito de validez debe ser el lenguaje que hablan esas personas; pues es con ese lenguaje con el que vinculan las expectativas de lo que harán los tribunales penales. Por otro lado, no se puede negar que los juristas penales, al igual que los demás juristas, no hablan el lenguaje coloquial, sino el lenguaje de su oficio, que se encuentra próximo al lenguaje coloquial, pero sin identificarse con él; por ese motivo, carecería de sentido construir la prohibición de analogía a partir de una semántica que en el campo en que se asienta la prohibición de analogía, en el derecho penal, nada tiene que decir; estaríamos produciendo con plena conciencia resultados erróneos o inutilizables mediante un parámetro incorrecto: en favor de ambas opiniones contradictorias entre sí hablan, según esto, motivos de peso.

c) *Opinión judicial versus opinión popular*

Lo mismo ocurre, sólo que con un poco más de complejidad, respecto del segundo problema, el pro-

cedimiento para la averiguación del significado real de la palabra.

El punto de partida estricto de la teoría del derecho puede conducir por sí mismo al campo en el cual la prohibición de analogía solamente tiene un lugar cuando el juez de cuya decisión se trata no es también juez en causa propia: por tanto, cuando no tiene que decidir acerca del contenido del significado de la palabra que debe constituir el parámetro de su interpretación de la ley, sino más bien una instancia externa a este juez; si una prohibición es cumplida o no, correspondería que no lo decidiera aquel a quien se dirige la prohibición. Por lo tanto, al juez que quiere una determinada decisión se le debería colocar una barrera, frente a la cual podría quedar trabado, pero que no podría hacer a un lado.

Por otro lado, esto tendría consecuencias que no son ni practicables ni compatibles con el estado de derecho.

No hablemos de los costos que debería ocasionar una encuesta demoscópica en casos de dudas acerca de los límites de la interpretación (a pesar de que estos costos también son un argumento; en caso de condena, los soporta el condenado). En la práctica, una encuesta demoscópica traería a la luz que una parte de los encuestados utilizaría el concepto de tal modo, y la otra parte, de otro (si no, justamente, no se daría la duda de interpretación característica de la prohibición de analogía), y otra parte, no entendería la pregunta. ¿Con cuántas respuestas por sí se satisfaría el derecho penal, y se necesitaría una calidad especial de respuestas por sí (hablantes nativos, límites de edad o de instrucción, nacionalidad)? ¿No

deberían los encuestados conocer el expediente o la situación de hecho, o cuando menos el problema de que se trata, en lugar de vincular a ciegas una cosa con otra, siendo que, como se sabe, el hablar y el entender dependen de contextos y situaciones? En caso afirmativo, ¿quién podría proporcionar estas informaciones (por ejemplo, podría colaborar el defensor y cómo)? Y así sucesivamente.

También resultaría dudosa la legitimación de derecho constitucional de tal procedimiento. Si bien las sentencias se pronuncian "en nombre del pueblo", no es eso lo que se quiere significar. La Constitución, la Ley de Constitución de los Tribunales y la Ordenanza Procesal Penal establecen con gran precisión qué es lo que pueden ciertas personas jurídico-penalmente, y bajo qué presupuestos y en qué situación; tales previsiones normativas hacen a la médula de un estado de derecho. También conocemos en el derecho penal legos que actúan como jueces (los escabinos); pero, por buenos motivos, "el pueblo" no juzga. Por lo tanto, una información demoscópica no podría ser vinculante; el juez legalmente competente tiene que llegar solo a la decisión, fundamentarla y responder por ella. Conforme a esto, parece como si fuera el juez quien decidiría (podría hacerlo) en el caso concreto acerca de la vigencia de la prohibición que está prevista para evitar o corregir una decisión intolerable de ese mismo juez en ese caso concreto.

d) *Analogía versus interpretación*

Estas reflexiones conducen hacia el problema central de la prohibición de analogía del derecho

penal. En él se vuelven a complicar las constelaciones señaladas. Este problema nace de la relación entre interpretación y analogía.

La prohibición de analogía (*supra*, III, 2, *b*) coloca a la interpretación y a la analogía en una determinada relación recíproca. En la medida en que quiere asegurar que no se produzcan ciertos resultados interpretativos —aquellos que se alejan demasiado del texto legal—, distingue entre interpretación y analogía, y las coloca en una contraposición: la analogía (*in malam partem*) no es una forma de interpretación admisible en el derecho penal. Sin esta distinción y contraposición, la prohibición de analogía debe perder, en todo caso, el efecto que se le atribuye a primera vista: la restricción o falsación de la interpretación en el caso concreto. Pues esta atribución presupone, como se puede ver fácilmente, que la analogía es algo externo a la interpretación.

Pero no es posible sostener este presupuesto —aun cuando la mayoría de los juristas penales insiste expresamente en él—: toda interpretación es analogía.

En la conclusión de similitud de la teoría jurídica del método (*argumentum a similibus ad similia*, procedimiento analógico), se comparan entre sí dos casos bajo un tercero, el *tertium comparationis*. El *tertium comparationis* es lo esencial a cada uno de los casos. Si se puede —dentro de una cierta tolerancia— ver al *tertium comparationis* igual para ambos casos, entonces, los dos pueden ser tratados como similares entre sí (y así, por ejemplo, si respecto de uno está firme su significación, concluir la significación jurí-

dica no conocida del otro *per analogiam*). Si, por el contrario, el *tertium comparationis* no rige igual para ambos casos, se debe recorrer el camino de la conclusión a contrario (el *argumentum a contrario*) y resolver el caso no conocido en forma diferente del conocido.

Así, en ejemplo (*supra*, IV, 1), el Tribunal Federal Superior tuvo que responder la cuestión de si aquel que utilizando un automóvil hurta madera del bosque y se marcha, debía ser condenado por hurto forestal simple o agravado. La ley respectiva, del siglo XIX, no se pronunciaba en cuanto a esta cuestión (la significación jurídica del hurto forestal mediante rodado quedaba, por lo tanto, abierta), sino que mencionaba como instrumentos calificantes solamente animales de carga, botes y carros de tiro uncidos (y con ello, no había aclarado la situación jurídica para estos casos). De este modo, el tribunal se enfrentaba a la cuestión jurídica de si también había que contar entre los medios de transporte agravantes del hurto forestal a los automóviles, no mencionados en la ley. Haciendo remisión a la circunstancia de que el legislador no había podido prever los avances técnicos, y consiguientemente, tampoco responder a nuestra cuestión, el senado construyó, conforme a las reglas, su *tertium comparationis*: los tres medios incriminados por la ley coincidirían en la siguiente cualidad: los tres ayudarían a una fuga veloz del imputado, ofrecerían mejores posibilidades para transportar el botín, y producirían fuertes daños en la madera; justamente, éstas son las cualidades que tiene un automóvil en el bosque, y por ello, se lo podría

considerar (porque el *tertium comparationis* también lo alcanza a él) como "carro de tiro uncido" en sentido jurídico, y de este modo, tratarlo como un medio de transporte calificante, y condenar al acusado por hurto forestal agravado.

Uno se frota los ojos; un ejemplo de escuela de la analogía prohibida en derecho penal, y esto sin ni siquiera una palabra de la Sala respecto del art. 103, II, GG, y § 1, StGB, donde se encuentra asentada esta prohibición. La peor explicación es la más evidente: que el tribunal penal alemán más alto ni siquiera advirtió sobre qué hielos había resbalado.

Si uno hace objeto de reflexión, su indignación o su sorpresa frente a semejante sentencia judicial, entonces, a partir de allí puede comprenderse la relación entre interpretación legal y analogía. Indignación y sorpresa aparecen ya por el solo hecho de que un automóvil está semánticamente muy lejos de un carro de tiro uncido (a pesar de lo cual, el BGH los trata a los dos como iguales *in malam partem*) ¿Qué pasaría entonces —todos casos de la práctica— con un zapato con clavos, o el puño de un boxeador amateur como "instrumentos peligrosos", con una fotocopia no autenticada como "documento", o con el homicidio de quien duerme desprevenidamente como "alevoso"? ¿En qué se diferencian estas constelaciones de nuestro "carro de tiro uncido"? Nada más que en el grado de distancia semántica entre las palabras de la ley y el caso, en las sensaciones lingüísticas (supuestas) de la mayoría de la gente: cada interpretación, cada comprensión de una ley presupone que el caso a resolver sea comparado con

otros casos que —pensados o decididos judicialmente— son indudablemente "casos de esta ley". No existe interpretación sin *tertium comparationis*, y aunque éste sea pobre en contenido, y el resultado, necesario. Interpretación y analogía son estructuralmente idénticas entre sí.

V. QUÉ SE SIGUE DE LO ANTERIOR

Con esto desaparece la posibilidad de poner un límite a la interpretación con ayuda de la prohibición de analogía. Ese límite no "existe"; el juez puede disponer de él, se lo debe colocar a sí mismo. Aquello que es interpretación prohibida no puede ser determinado fuera de la interpretación, y quien —como por ejemplo este texto— critica a la jurisprudencia en ciertos casos como demasiado amplia no hace más que confrontar su comprensión de la interpretación adecuada del texto con la ajena. La prohibición de analogía no es un límite fijo de la interpretación ni un aseguramiento confiable de las posiciones jurídicas; es meramente un argumento. Pero, ¿es suficiente esto, teniendo en cuenta la peligrosidad del derecho penal (*supra*, II, 1)?

Tiene que ser suficiente, porque no se puede tener más. Y, en última instancia, es suficiente si se han reconocido los problemas del aseguramiento de un lenguaje correcto en el derecho y, consecuentemente, se puede buscar auxilio en la dirección correcta.

Solamente podría valer como verdadera una comprensión jurídica algo anquilosada, pero no una comprensión lingüística, de que podrían existir li-

mites abstractos del hablar y el comprender externos al hablar y al comprender. La interpretación judicial de las leyes es un acto de comprensión de textos, y por ello, marcado también con todas las limitaciones, prejuicios, subjetivismos, rutinas y espontaneidad que las demás formas de comprensión. Por eso, la cura no está en las barreras del lenguaje (que finalmente, no detienen nada, como se puede ver en la práctica y comprender en la teoría), sino en una organización y formación de la justicia penal que haga real el mensaje de la prohibición de analogía a partir de la comprensión de su valor para una práctica conforme al estado de derecho.

Al sancionarlas, el legislador ha puesto las leyes en manos de la justicia (y frente a los ojos de una opinión pública crítica). Él puede, en casos extremos, reformar su ley, si comprueba que la marcha de la justicia va en una dirección totalmente distinta de la que se había pensado; pero también esta reforma se halla luego en el dominio interpretativo de la jurisprudencia. Con la prohibición de analogía no ocurre algo distinto, como tampoco con otros principios fundamentales del derecho: en donde no existe la cultura de una relación equilibrada y conforme al estado de derecho entre legislación y jurisprudencia, tampoco podrá ser construida mediante ejercicios lingüísticos, aun bien intencionados y eficientes.

Junto a una formación y selección de los juristas orientada al estado de derecho, para la concreción de la prohibición de analogía son también de importancia sobre todo dos cuestiones que caracterizan en cierta medida a nuestra justicia penal: la for-

mación de la jurisprudencia en un sistema transparente y su acompañamiento crítico por la opinión pública.

El temor de que la prohibición de analogía a disposición del juez tenga como consecuencia subjetivismos imprevisibles e indominables por parte de los jueces particulares en perjuicio del afectado, carecería de fundamento; no se tomaría en cuenta que la jurisprudencia, en las formas de organización modernas, constituye un sistema complejo de información, control y corrección recíproca. La jurisprudencia está "sujeta" a sí misma (menos efectivamente a la ley, sino, en la práctica, en forma múltiple): las instancias más bajas en la misma causa, a la decisión de las más altas, y todas a la "opinión dominante" o a las propias tradiciones del tribunal. La mayoría de estos vínculos son informales, pero no por ello menos efectivos; por regla general, evitan modificaciones espontáneas. Por cierto, su problemática también se ve claramente: la falta de transparencia de un sistema complejo para quien está fuera de él. Aquí solamente se puede ayudar a largo plazo mediante los instrumentos "blandos" de una mejor información de la opinión pública acerca del interior de la justicia (medios, instrucción jurídica).

Un remedio real frente a una justicia que lesiona el derecho es su observación crítica por parte de una opinión pública despierta, interesada e informada. Como consecuencia de la Constitución, la jurisprudencia debe realizar parte importante de su trabajo en forma pública. Desde el punto de vista político

jurídico, sin embargo, este principio solamente resulta de ayuda cuando la opinión pública no pierde de vista a la justicia.

La fuerza de la prohibición de analogía es su fuerza como argumento. Lucha en favor de una interpretación de las leyes penales que se atenga lo más estrechamente que sea posible al texto dado por el legislador, en favor de que se discuta mediante argumentos la significación cotidiana y jurídica de las palabras, que no se vaya más allá del límite comprobado del texto recurriendo a un "sentido de la ley" distinto, y allí donde la prohibición de analogía pudiera ser lesionada, argumenta con relación a esa lesión.

BIBLIOGRAFÍA

BAUMANN, *Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht*, en "Monatsschrift für Deutsches Recht", 1958, p. 394.

HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, § 27 V.

JOST, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, en "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", 1950, p. 358.

KAUFMANN, ART., *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982.

NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, en "NS-Recht in historischer Perspektive", 1981, p. 71.

NEUMANN, *Der „mögliche Wortsinn" als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, en NEUMANN / RAHLF / V. SAVIGNY (comp.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, p. 42.

PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, en KOCH (comp.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, p. 155.

RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, 1989.

RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatsrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2ª ed., 1973.

SCHICK, *Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot*, en *Festschrift für Robert Walter*, 1991, p. 625.

VELTEN / MERTENS, *Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens. Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht*, en "Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie", 1990, p. 516.

Yı, *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1991.

Capítulo II

El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal "eficiente"*

SUMARIO: *I. La violencia omnipresente. 1.* La percepción social de la violencia. *2.* La actitud social frente a la violencia. *a)* Filosofía política. *b)* Criminología. *II. El derecho penal "eficiente". 1.* La política. *a)* Represión de la violencia. *b)* Manejo. *2.* La teoría. *3.* La dogmática. *a)* "Capacidad funcional de la administración de justicia penal". *b)* Ponderación de bienes. *III. Dos cuestiones. 1.* Amenaza. *2.* Eficiencia. *IV. Resumen.*

* *Das Schicksal der Bürgerrechte im „effizienten" Strafrecht*, en "Der Strafverteidiger", 7/1990, pp. 328 y ss., presentado en el *Bonner Forum* como dictamen para la "Comisión para la violencia" el 1 de febrero de 1990 y publicado en "Der Strafverteidiger", 7/1990, pp. 328 y ss.

I. LA VIOLENCIA OMNIPRESENTE

La violencia es un firme componente de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con otros, experimenta violencia, y nunca está seguro frente a ella.

No es, por lo tanto, la omnipresencia de la violencia en la vida social lo que está en cuestión y lo que se modifica. Lo que se modifica son las formas de la violencia y la densidad de la actividad violenta. Lo que se modifica son las disposiciones a aceptar la violencia, las probabilidades de convertirse en víctima, o también, en autor de acciones de violencia. Lo que hoy se modifica con particular celeridad y evidencia es la forma y el modo en que percibimos la violencia y la actitud que tomamos frente a ella; de esto se tratará aquí, así como de las consecuencias para el derecho penal.

1. La percepción social de la violencia

La chance de percibir violencia y ejercicio de violencia seguramente nunca fue mejor que hoy. Una sociedad que dispone, por un lado, de medios de comunicación eficientes, y que, por otro —al menos en la estimación de esos medios—, en el consumo comunicativo, está vivamente interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla como

omnipresente: pocos serán los ejercicios espectaculares de violencia en el mundo que se nos escapen.

Esto tiene diversas consecuencias, y también se discute en forma diversa. Entre ellas, resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?), en forma altamente selectiva,[1] la amenaza de violencia —sea real o sólo supuesta— es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora);[2] aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.[3]

Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. La se-

[1] Paradigmático, MURCK, *Soziologie der öffentlichen Sicherheit. Eine staatliche Aufgabe aus der Sicht der Bürger*, 1980, pp. 80 y ss., 91 y ss., 110 y ss.

[2] Paradigmático, ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und Deutschland*, 1976, *passim*, esp. pp. 75 y ss., 132 y ss.

[3] W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973/1980, pp. 158 y ss., 221 y ss.

guridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico,[4] y alimenta una creciente industria de la seguridad. Luego del terrorismo y del tráfico internacional de estupefacientes, aparece ahora el así llamado "crimen organizado", ya introduciendo con una abreviatura, C.O., como tercer signo ominoso, presentado por los expertos policiales como una amenaza,[5] y acompañado por la afirmación de que el derecho penal y el derecho procesal penal deberían "adecuarse a los requerimientos de una lucha efectiva",[6] y que un "trabajo policial amplio y orientado de la opinión pública" podría y debería "apoyar la lucha por la represión del C.O.": "aumento de la disposición a formular denuncia", "desprecio del C.O." por parte de la sociedad, comprensión por parte de la población frente a las redadas y nuevas medidas de investigación.[7] Dentro de esta trama, el dictamen de la Comisión gubernamental independiente para la evitación y lucha de la violencia (Comisión para la violencia) presentado en 1990, es solamente una fibra, aunque, naturalmente, de color.[8]

[4] Paradigmático, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchung zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, esp. pp. 339 y ss.

[5] REBSCHER / WAHLENKAMP, *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Bestandsaufnahme. Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus der Sicht der Polizeipraxis*, 1988.

[6] Ídem, p. 196.

[7] Ídem, p. 197. Además, no se debería negar a las autoridades intructorias el acceso a informaciones personales "en todos los ámbitos relevantes para la investigación", "aun a costa de las críticas de parte de la opinión pública en interés de una lucha efectiva al crimen organizado".

[8] Tiene como base, por lo demás, publicaciones en el mismo sentido tales como las dos editadas por el *Bundeskriminalamt (BKA)* (1986,

2. **La actitud social frente a la violencia**

Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Ésta es la hora de conceptos como "luchar", "eliminar" o "represión", en perjuicio de actitudes como "elaborar" o "vivir con".

Incluso la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social[9] y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito.[10] La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como "Carta Magna del delincuente",[11] lo necesita como "Carta Magna del ciudadano", como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en "derecho penal del enemigo".[12]

1988), tomos *Was ist Gewalt? — Auseinandersetzungen mit einem Begriff [¿Qué es la violencia? — Discusiones acerca de un concepto].*

[9] Paradigmático, SCHWIND / BERCKHAUER / STEINHILPER (comp.), *Präventive Kriminalpolitik. Beiträge zur ressortsübergreifenden Kriminalprävention aus Forschung. Praxis und Politik*, 1980.

[10] Crítica perfilada en P.-A. ALBRECHT, *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, "KritV" 1986, pp. 54 y ss.; acerca del dilema de la prevención, también D. GRIMM, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, ídem, pp. 38 y ss. y W. HASSEMER, *Prävention und Strafrecht*, "JuS", 1987, pp. 257 y ss.

[11] Acerca de esta expresión de FRANZ V. LISZT, y acerca de su contexto en una teoría de la política criminal, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 236 y citas.

[12] Elaborado y criticado por JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, "ZStW" 97 (1985), pp. 751 y ss.

a) *Filosofía política*

Tal desarrollo de la actitud frente al delito y la violencia resulta anacrónico. Remite a una época pre-moderna de filosofía del derecho penal y teoría político-criminal, que solamente podían percibir al delincuente como el quebrantador de normas, un "extraño" que había que extirpar. La tradición de la modernidad, por el contrario, vinculada a la filosofía política de la Ilustración, estuvo en condiciones de fundamentar los derechos del hombre y del ciudadano como pilares del derecho penal y procesal penal, y admitir al delincuente como socio en el contrato social.[13] Nuestras experiencias actuales con el temor a la amenaza, la percepción de la violencia y la política criminal sociales nos enfrentan por ello con la pregunta acerca de las condiciones antropológicas y psicosociales de la política criminal ilustrada, racional y "exenta de miedos". De cualquier modo, no es posible ejercitar esta política con la espalda contra la pared, y la dramatización de la violencia agrava la situación.

b) *Criminología*

El desarrollo de la criminología moderna, al igual que la filosofía política, puede llamar la atención respecto de que una actitud mezquina y represiva de la sociedad frente a la violencia y el delito se puede deber no solamente a una temporaria dramatización

[13] Al respecto, en detalle, W. Hassemer, *Menschenrechte im Strafprozeß*, en Rüsen / Lämmert / Glotz (compiladores), *Die Zukunft der Aufklärung*, pp. 196 y ss.

de la violencia, sino, igualmente, a una falta de reflexión de la época. Llevado a conceptos de derecho penal, este desarrollo se desplaza de la criminalidad a la criminalización;[14] en su transcurso, el delito y la violencia aparecen —comparados con su percepción como fenómenos meramente necesitados de represión— en una estructura más bien compleja, una estructura que ahora amenaza con desviarse de nuestra percepción.[15]

La historia de la criminología moderna está caracterizada tanto por una ampliación como por una traslación de la perspectiva. Ya desde sus comienzos, estaba el intento por señalar las condiciones de la aparición y modificación de la desviación criminal de la norma, y primeramente buscó y encontró esas condiciones en el cuerpo y el alma del desviado. El "delincuente nato", descubierto por Lombroso a fines del siglo XIX en los establecimientos penitenciarios, solamente entraba en cuestión, desde el punto de vista político-criminal como objeto de la "defensa social" represiva, como peligroso, irreformable y extraño, como era entonces. Poco después se descubrió, sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, que no era la naturaleza, sino más bien el grupo de referencia primario, especialmente la familia con conflictos, el que infería al futuro delincuente tempranas heridas, y lo proveía con técnicas de supervi-

[14] Descripción de este desarrollo en mi *Einführung* (*supra*, nota 11), §§ 6-9; puntualizado en W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, "JZ", 1976, p. 164.

[15] *Supra*, bajo I, 1.

vencia criminales. Con esto, sin embargo, continuaba siendo el otro el amenazante; pero, con todo, se adquiría la idea de que el delincuente y el violento no están simplemente dados, sino que, en cierta forma, son "producidos" socialmente. Cuando luego —sobre todo con la teoría de la anomia y sus variantes— entraron en consideración como factores criminógenos circunstancias específicas del grupo o de la sociedad en su totalidad (tal como las diferencias específicas entre presión hacia el rendimiento y expectativa de logros, por un lado, y posibilidades reales de alcanzar logros, por el otro), se planteó con urgencia la cuestión de la corresponsabilidad político social por el delito, y el delincuente se convirtió en un sujeto no tan diferente de nosotros, las personas obedientes.

Con esto, se trazaba el arco de una posible explicación científica de la criminalidad. Finalizaba con el descubrimiento de una estrecha relación entre delito y estructura social. Este descubrimiento podía ser el motor para una actitud frente a la violencia y el delito, que se manejara en forma productiva frente a estos fenómenos, y tuviera en cuenta de este modo no solamente al autor violento sino también su medio próximo y lejano: historia vital, educación, vivienda, trabajo, tiempo libre. Ésta era la base para una política criminal a largo plazo y bien pensada.

La investigación de las condiciones de aparición y modificación de la criminalidad, naturalmente, no fueron el último paso de la criminología moderna. Su mirada alcanzaba también, ya desde mucho tiempo atrás, a las condiciones de aparición y modificación de la criminalización. La nueva escuela, que se pre-

ciaba de "crítica", y que tomó para sí el nombre de *labeling approach*, resumía a sus antecesoras con el estigma de "etiológicas" y les objetaba que, fijadas en la búsqueda de los factores de la criminalidad, hubieran pasado por alto que no se puede dar criminalidad sin criminalización: la criminalidad sería (también) resultado de procesos de definición social y estatal, sería no una realidad meramente dada en forma previa sino construida por el hombre y las instituciones.

Aquí no se trata de la valoración de este desarrollo científico, sino de la oportunidad de aprender y sacar provecho de él para la actitud a tomar frente al delito y la violencia. Este desarrollo se ha alejado, paso a paso, del punto al que se acerca, nuevamente paso a paso, a una dramatización de la violencia. La criminología ha demostrado con creciente claridad que una política que quiera tratar adecuadamente a la violencia omnipresente no puede simplificar ni dramatizar su objeto, sino que debe dejarlo en su complejidad (incluidas las condiciones comunicativas de aparición y modificación); a largo plazo, este objeto no puede ser manejado con fuerza y represión.

II. EL DERECHO PENAL "EFICIENTE"

El destinatario de las exigencias de una opinión pública amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluido el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda efectiva en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana.

1. **La política**

a) *Represión de la violencia*

Estas exigencias son conocidas, y en parte, ya están satisfechas: penas patrimoniales contra traficantes de drogas con menores requisitos para su imposición y mensuración; un tipo penal contra el "lavado de dinero"; observación policial sistemática de "autores" (en vez de esclarecimiento de hechos punibles); utilización de hombres-enlace; búsquedas mediante redadas; "lucha preventiva contra el delito" mediante la supresión de sensibles límites entre el derecho procesal penal y policial; prohibición de camuflaje; regulación del llamado "testigo de la corona"; ampliación de las posibilidades de imposición de prisión preventiva, etcétera.[16]

Estas agravaciones en el derecho penal material y en el derecho procesal penal hay que agradecérselas a una política criminal con el telón de fondo de una violencia dramatizada; deberían enfrentar con efectividad la amenaza individual y organizada. Su catálogo, por cierto, no está completo; en él faltan aquellos instrumentos de manejo que caracterizan actualmente a un derecho penal eficiente, y que deben ser tomados en consideración si uno se quiere hacer un cuadro completo del desarrollo del derecho penal actual.[17] Bajo los puntos de vista de moder-

[16] Al respecto, críticamente y en detalle, D. KRAUSS, "Strafverteidiger", 1989, pp. 315 y ss.

[17] En relación con lo que sigue, críticamente y en detalle, W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, "NStZ", 1989, pp. 556 y ss.

nidad y eficiencia aparece, en cierta medida, junto al derecho penal de cuello azul de represión de la violencia, un derecho penal de cuello blanco del manejo social.[18]

b) *Manejo*

La política criminal "moderna" en este sentido, está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además, describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal: protección del "bienestar" del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, fomento estatal de la economía o procesamiento de datos en la economía y la administración. Instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de daño o lesión (entre cuyos presupuestos de punibilidad está la comprobación de un daño concreto y su causación por el

[18] Esto se corresponde bien con la distinción entre delitos de cuello blanco y delitos de cuello azul de la criminología (cf., por ejemplo, KAISER, *Kriminologie*, 8ª ed., 1989, § 60, I).

imputado), sino por medio de los delitos de peligro (generalmente, abstracto), para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador ha prohibido como peligrosa).

2. **La teoría**

Esta política tiene como fundamento la idea de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo de conducción y contraconducción, un medio más de política interna (seguridad, salud, economía, etc.). Esta idea se ha alejado de las tradicionales descripciones de objetivos: el derecho penal debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho; políticamente solamente puede ser utilizado en forma subsidiaria como *ultima ratio*, y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. Ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre acompañó a las "manos torpes" del sistema penal, el escepticismo frente a la potencia del derecho penal para la solución de los conflictos sociales: sus instrumentos de coacción, en una aplicación extensa, serían desproporcionados y más bien contraproducentes; debido al mandato de determinación (art. 103, II, GG; § I, StGB), sería muy poco flexible; debido al "derecho penal de hecho", quedaría fuera de una prevención efectiva; debido al principio de culpabilidad, estaría concentrado en las personas, en lugar de en las organizaciones o en las "grandes situaciones".

La política criminal actual percibe plenamente estos problemas. Pero no responde a ellos tomando conciencia de que un derecho penal fiel a sus princi-

pios no puede cumplir con las funciones que se le atribuyen de represión y conducción eficiente de la violencia, sino, antes bien, con la decisión de relajar la fuerza vinculante de estos principios de derecho penal: reducir al mínimo los presupuestos de la punibilidad mediante la amplia utilización de los delitos de peligro abstracto, facilitar los presupuestos de la imputación o agravar los medios de coacción. La consecuencia de este proceso, ciertamente, como ya puede verse,[19] no es que el sistema penal así equipado se encuentre en condiciones de cumplir sus nuevas funciones. La consecuencia es, más bien, que estos ámbitos de derecho penal "eficiente" están permanentemente acompañados de "déficit de ejecución" específicos, reprochados por todos. De esto se siguen, nuevamente, dos cosas: el intento corto de vista de minimizar estos déficit con más agravaciones *(more of the same)*, y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar los efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal.

3. **La dogmática**

Las paredes dogmáticas en las que se manifiestan política y teoría del derecho penal eficiente tienen diversas estructuras. Dos requieren especial aten-

[19] Intenté mostrar esto en "NStZ", 1989, pp. 553 y ss., 558 y s.

ción: el tema de la "capacidad funcional de la administración de justicia penal"[20] y el método de la ponderación de bienes.[21]

a) *"Capacidad funcional de la administración de justicia penal"*

El temor a que la administración de justicia se volviera incapaz en su funcionamiento, desde comienzos de los años '70, fue erigido, sobre todo por la Sala II del Tribunal Constitucional, como barrera frente a una atenuación de los medios de coacción procesal penal y frente a una ampliación de la protección del afectado por el proceso penal, tales como:

- ampliación del derecho a negarse a declarar como testigos en el proceso penal para asistentes sociales y terapeutas del drogadicto;
- prohibición de la valoración de grabaciones magnetofónicas ocultas;
- renuncia a la realización de la pretensión penal estatal luego de tomas de rehenes con fines extorsivos;
- sobreseimiento del procedimiento penal en caso de peligro para la vida o la salud del imputado.

Lo llamativo en estos puntos no es su mera existencia (de hecho, una administración de justicia incapaz de funcionamiento sería una amenaza para

[20] En detalle, W. HASSEMER, *Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege — Ein neuer Rechtsbegriff?*, en "Strafverteidiger", 1982, pp. 275 y ss.; ahora también críticamente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 21ª ed., 1989, § 1, B, II.

[21] En detalle, W. HASSEMER, *Unverfügbares im Strafprozeß*, en *Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, pp. 183 y ss.

todos), sino su inserción en el sistema *(infra, a)* y su aplicación práctica *(infra, b)*.

a) En lugar de contraponerle principios como justicia o formalidad de la justicia del procedimiento —como puntos de la eficiencia de la persecución penal estatal—, y soportar de este modo el conflicto que caracteriza a la administración de justicia penal, los tribunales lo designan con gusto como un componente de la idea de justicia; esto no solamente conduce a confusiones sistemáticas,[22] sino a una injustificada confirmación de este tema como un principio normativo fundamental y a una concepción del procedimiento armonicista que elimina las contraposiciones existentes entre justicia y seguridad jurídica, averiguación de la verdad y protección del inculpado, eficiencia y formalidad de la justicia.

b) En vez de decir claramente que la capacidad funcional de la justicia, aquí y ahora, en realidad no se hallan comprometidas, en lugar de informar, por lo menos, bajo qué presupuestos consideran en peligro esta capacidad funcional, los tribunales operan totalmente fuera del campo previo a una amenaza real (en donde, en el peor de los casos, de lo que se trata es de una perturbación o atraso de los procesos) y dramatizan esto en perjuicio de la formalidad de la justicia y de los derechos del inculpado.

[22] Un ejemplo de tal confusión lo proporcionan los cuatro jueces que decidieron en la resolución digna de atención del BVerfG del 14/9/1989 (2 BvR 1062/87, EuGRZ 1989, 455; "Strafverteidiger", 1989, I). En esta causa, el condenado por asesinato a prisión perpetua se negó durante el proceso penal a que se valoraran en la sentencia sus notas en un cuaderno análogo a un diario. Estos jueces fundamentaron (bajo B, II, I.a) el mandato constitucional de una pena adecuada al hecho y a la

b) *Ponderación de bienes*

La ponderación de bienes es un método jurídico digno de respeto. Quien quiere resolver, o incluso solamente decidir conflictos de intereses, debe valorar y jerarquizar los intereses. Hoy se aconseja la ponderación de bienes, además, por su flexibilidad y adaptabilidad a la situación: puede legitimar decisiones que cambian de caso a caso y simplificar situaciones de decisión complejas; es, por lo tanto, también un método "moderno". También en el derecho penal se hace uso de él con gusto y en un ámbito cada vez más amplio.

Constituyen ejemplos recientes de la dogmática de la ponderación dignos de mención:

- la renuncia a la persecución penal o a la punición del llamado "testigo de la corona" en el ámbito del terrorismo, en vistas de un apremiante "estado de necesidad de investigación";
- una "pena sobre las ganancias" contra traficantes de drogas —desconocida en los demás casos de nuestro derecho penal;

---

culpabilidad (principio de culpabilidad) esencialmente en el deber del Estado de respetar la dignidad del hombre, y luego sostuvieron que el dictado de una sentencia justa también exige el conocimiento de la personalidad del imputado, concluyendo inmediatamente después que, de este modo, queda abierto el acceso a recurrir a las notas íntimas, aun cuando perjudiquen y comprueben la culpabilidad del afectado. Afortunadamente los otros cuatro jueces (bajo B, II, 2.b) reconocieron claramente y sentenciaron que con semejante construcción la dignidad del hombre es instrumentalizada mediante el principio de culpabilidad. También podrían haber dicho que la dignidad del hombre es apuntada como un arma contra las personas. *Supra*, I, 2, b.

– la valoración de notas privadas sólo en la criminalidad grave.

El mecanismo es transparente: el método de la ponderación de bienes legitima, en horas de necesidad, la injerencia en derechos y principios que, si no, rigen como fundamento de nuestra cultura jurídica: principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, *in dubio pro reo*, protección del ámbito íntimo de la persona. El sistema penal eleva su eficiencia prescindiendo parcialmente de la sujeción a sus principios y es puesto a disposición como un instrumento fuerte.

III. DOS CUESTIONES

Teniendo en cuenta esta situación, se debería reflexionar acerca de dos cuestiones: acerca de la dimensión de la amenaza real y acerca del concepto de eficiencia.

1. **Amenaza**

La intensidad con que estamos amenazados por la violencia será discutida por tiempo indefinido entre expertos y ciudadanos: la percepción de la violencia es un fenómeno político y comunicativo.[23] Mucho se habría ganado si esta noción se difundiera; pues entonces sería más difícil hacer política mediante la dramatización de la violencia.

Por lo demás, y como puede estudiarse también a partir del desarrollo de la criminología,[24] el fenó-

[23] *Supra*, I, 1.
[24] *Supra*, I, 2, b.

meno de la violencia es captado sólo parcialmente si se restringe la perspectiva a la violencia individual o de grupos, a la "violencia de abajo". También existe una "violencia de arriba". Ambas se hallan, por otra parte, en relaciones cambiantes, de lo cual se sigue que una actitud racional frente a la amenaza, sea estatal, social o individual, no puede consistir en la mera represión de la violencia, sino que debe tomar en consideración relaciones complejas de surgimiento y efectos cambiantes.

2. **Eficiencia**

Podría ser que un concepto corto de vista de un derecho penal eficiente tuviera efectos contraproducentes a largo plazo.

Las experiencias con los "déficit de ejecución" del derecho penal moderno, y con el "derecho penal simbólico"[25] enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (*more of the same*) no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas.

Pero, ante todo, se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados polí-

[25] *Supra*, II, 2.

ticamente, y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios ya no son de ponderación firme también en los "tiempos de necesidad", pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico, sino la percepción como problema de la "necesidad" o la "grave amenaza".

Finalmente, hay que preguntarse si un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá —a largo plazo, también ante los ojos de la población— su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho. El derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más.

IV. RESUMEN

Vivimos actualmente una dramatización de la violencia y la amenaza. A esto no es ajena la política criminal, por medio de agravaciones del derecho penal y su conversión en un instrumento de conducción estatal. En las horas de necesidad, los principios que caracterizan a nuestra cultura jurídica ya no deben regir. La ganancia es escasa, los costos son altos: con el tiempo, un derecho penal semejante perderá su fuerza de convicción.

Capítulo III

Lineamientos de un proceso penal en el estado de derecho*

SUMARIO: *I. Consideraciones previas. II. Conceptos y marco de fondo. 1.* Proceso penal. *a)* Características del proceso penal. *b)* Procedimiento penal y derecho procesal penal. *2.* Conformidad al estado de derecho. *a)* Estado de derecho y estado social. *b)* Estado de derecho y estado eficiente. *III. Caracterización de un procedimiento penal conforme al estado de derecho. 1.* Teoría y práctica. *2.* Concepto de verdad procesal. *a)* Teoría del conocimiento. *b)* Derecho constitucional. *c)* Derecho procesal penal. *3.* Validez de principios indisponibles. *4.* La división de poderes en el proceso penal. *a)* Procedimiento acusatorio. *b)* Independencia de la administración de justicia. *c)* Derechos de participación efectiva del imputado. *IV. La situación actual en la República Federal de Alemania. 1.* Desarrollo general. *2.* Ejemplos. *a)* Soluciones informales. *b)* Testigos de la corona. *c)* Tratos en el proceso penal. *V. Posibilidades de un procedimiento penal conforme al estado de derecho.*

* *Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens*, publicado en "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", año 73, 1990, cuaderno 3/4, pp. 260 y ss.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El subtítulo de la serie de conferencias se denomina *Perspectivas críticas*. Con ello se pretende mostrar que no se trata de enseñanzas, que los aportes no se agotan en informaciones acerca de las particularidades del sistema penal de la República Federal de Alemania.

Para esta aclaración existe hoy —marzo de 1990— un punto de apoyo. Hasta el momento se tiene la impresión, por lo menos visto desde Occidente, de que se tratara no de intercambio y del aprendizaje mutuo, sino de exportación e importación, o lo que es peor, de colonización. Ése no es mi camino, y no es el objetivo de esta serie de conferencias, sino al contrario.

En tanto se trate, como aquí, de *ciencia*, la perspectiva crítica es obvia. La ciencia vive de la crítica mutua, y muere con la disposición a permitir que sus objetivos y métodos le sean dados desde fuera, con la disposición a renunciar a la actitud crítica (por los motivos que sea). Una ciencia manejada por objetivos extraños, en este sentido, una ciencia "finalizada", es políticamente tanto más peligrosa cuanto más próximos se encuentren sus objetos a los intereses generales de la sociedad.

Esto rige en particular para las teorías del proceso penal: el sistema del proceso penal, como todo sis-

tema jurídico, nunca es "completo", en el doble sentido de la palabra, es decir, es siempre permeable a una crítica complementadora. Sus principios, aun cuando en un alto grado estén concretados, políticamente siempre están en peligro. Por lo tanto, ocuparse científicamente del proceso penal que permite que la crítica y la aceptación le sean dados desde fuera, sería especialmente peligroso: quedaría sin ocupar una posición en las discusiones sociales y estatales que es de vital importancia, la consideración crítica, conducida científicamente, del manejo estatal frente a los ciudadanos sospechados de un hecho punible.

Visto de este modo, el subtítulo de esta serie de conferencias resulta obvio, lo cual, naturalmente, también requiere precisiones.

II. CONCEPTOS Y MARCO DE FONDO

Aquí se trata de los lineamientos del proceso penal en un estado de derecho. Todo parecería indicar que los problemas de este objeto no residirían en lo conceptual sino en lo político. En última instancia, esto también es correcto. Del mismo modo, no es posible esperar que tanto con el "proceso penal" como con el "estado de derecho" todos vinculen al mismo tiempo los mismos contenidos. De allí que sean necesarias algunas aclaraciones y precisiones.

1. **Proceso penal**

Para el concepto de proceso penal, como aquí será utilizado, es importante mencionar dos particularida-

des. Por un lado se trata del carácter específico del proceso penal en conjunción con las formas de procedimiento jurídicamente ordenadas, y por el otro, de la diferenciación entre procedimiento penal y derecho procesal penal.

a) *Características del proceso penal*

Resulta sencilla una caracterización del proceso penal en sentido de una *teoría general del derecho*, que destaca esta forma de procedimiento de las demás formas de procedimiento ordenado que conoce un ordenamiento jurídico. Según la tradición y la diferenciación del sistema de justicia existen distintos tipos de procedimiento según las diferentes materias judiciables: los tribunales civiles, administrativos, constitucionales, etc. Dentro del marco planteado por estas distinciones pueden asentarse entonces las aclaraciones comparativas en favor o en contra de las diferencias de los distintos tipos de procedimiento.

No menos evidente resulta una caracterización que no se refiere a la diferenciación de tipos de procedimiento, sino a la diferenciación entre derecho formal y material. Sobre esta base se ha creado el hábito de decir que la tarea del procedimiento penal consistiría en la *realización del derecho penal material*. Esto es tan cierto como trivial, una determinación de corto alcance. Es correcto porque sin la existencia real del procedimiento el derecho penal material en todo caso podría realizarse en forma natural y jurídicamente no ordenada (si es que en ese

caso todavía seguiría siendo "derecho" penal material). También es correcto que el derecho penal vive de las determinaciones de relevancia del derecho penal material, y que, por lo tanto, el concepto de sospecha de una "acción punible" (un concepto conductor del derecho procesal penal), viene tan dado previamente por el derecho penal material como la guía que se debe buscar y encontrar efectivamente en el procedimiento penal. En esa medida, procedimiento penal y derecho penal material se encuentran estrechamente relacionados.

Esta caracterización es igualmente trivial y superficial; no recoge que el procedimiento penal dispone de instrumentos de coacción y de intervención que en otros procedimientos jurídicamente ordenados resultan inauditos. El procedimiento penal —justamente porque debe servir a la imposición de la protección de los bienes jurídicos en ámbitos centrales de la convivencia humana— está provisto de los medios más intensos con los cuales debe contar el ciudadano. Esto no rige recién en el procedimiento principal o en el procedimiento de ejecución, sino ya en el procedimiento instructorio, con sus medios de coacción tales como la prisión preventiva, la intervención telefónica, allanamiento, secuestro, o ahora también, la instrucción secreta.

Visto de este modo, tanto jurídico-políticamente como científicamente, tiene sentido caracterizar al procedimiento penal no sólo como la realización del derecho penal material, sino también como *derecho constitucional aplicado* o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política. En el derecho procesal

penal y su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión y colorido. Éste es el motivo por el cual justamente el procedimiento penal y el derecho procesal penal constituyen un objeto irrenunciable para una conferencia como ésta.

b) *Procedimiento penal y derecho procesal penal*

Con referencia al objeto de mi exposición, conscientemente no hablo de "derecho procesal penal", sino de "procedimiento penal". Detrás de ello se encuentra la experiencia de la significación jurídico-política e interna del procedimiento penal, se determina menos por su constitución jurídica que por su realización efectiva. De lo que se trata no es del ideal de las normas procesales, sino de la realidad de la injerencia en la esfera de libertad del ciudadano. Los problemas para el estado de derecho que plantea el procedimiento penal residen generalmente no en la *lex lata* sino en la forma y el modo en que el estado se maneja efectivamente frente al ciudadano sospechado de un hecho punible.

Detrás de los programas formales, al igual que detrás de las concretizaciones mediante la jurisprudencia y la teoría del derecho procesal penal se encuentran los así llamados *programas informales*, que no se expresan por escrito, no están formulados, ni tampoco pueden ser transmitidos como materia de la enseñanza, pero que determinan igualmente la realidad del procedimiento en forma intensa y rica en

consecuencias. Quien actúa profesionalmente en materia jurídica se maneja dentro de estos programas informales, y las contravenciones contra las reglas informales acarrean sanciones tras de sí. A estos programas pertenecen, por ejemplo:

- los alcances normativos para el manejo con testigos, peritos e imputados;
- las particularidades de la profesionalidad y capacidad de conflicto de los defensores penales;
- conformación de las vías de comunicación de los intervinientes en el proceso entre sí, especialmente entre los jueces profesionales y los jueces legos, o también entre los no intervinientes (Poder Ejecutivo, partidos políticos, medios de comunicación);
- matices para el manejo de la opinión pública, especialmente con la prensa, tanto de los tribunales como de las fiscalías y los defensores penales;
- particularidades que influyen sobre el "clima" del procedimiento penal.

Los programas informales son diversos, ricos en consecuencias y complejos de analizar. Juegan un papel decisivo para la significación política y social del derecho penal formal. Por ello se los debe tener en cuenta en la medida de las posibilidades.

2. **Conformidad al estado de derecho**

Los conceptos "estado de derecho" y "conformidad al estado de derecho" se han convertido en conceptos claves en las discusiones y reflexiones jurídico-polí-

ticas del último tiempo. Con razón. Pues la conformidad al estado de derecho decide —tanto en la teoría como en la práctica— su deseabilidad política y social.

El concepto de estado de derecho —naturalmente mucho más que el del procedimiento penal— es vago, móvil y controvertido. En el contexto del procedimiento penal y de la discusión que aquí se introduce, el concepto de "estado de derecho" resulta problemático y significativo desde la perspectiva de dos contraposiciones: frente a la noción de estado social y frente a las exigencias que se formulan a un Estado eficiente.

a) *Estado de derecho y estado social*

Ya no se debería seguir discutiendo que, junto a la conformidad al estado de derecho, hoy también constituye una característica de un Estado civilizado la conformidad al estado social. La idea de que una participación efectiva de ciudadano en el Estado no surge de la naturaleza, sino que, por su parte, puede tener por presupuesto la ayuda estatal, es hoy accesible a todos.

a) También en el procedimiento penal la *conformidad al estado social* puede ser entendida *como complemento de la conformidad al estado de derecho.* Tal es el caso, ante todo, cuando la realización de los derechos del procedimiento solamente pueden ser posibles con ayuda del favorecimiento estatal; la conformidad al estado social, empero, también puede ser reclamada para las múltiples posibilidades en el

procedimiento penal de reducir las cargas para el afectado o para hacerlas más tolerables.

Las siguientes previsiones, que el derecho procesal de la República Federal de Alemania conoce en parte, y que en parte debería conocer, pueden ser caracterizadas como previsiones en interés del estado social:

- la existencia de una defensa pagada por el Estado para todos los imputados para quienes las garantías de su defensa esté fuera de su alcance;
- intérprete a costa del Estado, también para conversaciones con el defensor, para los imputados de lengua extranjera;
- consejo y cuidado de testigos en relación con el procedimiento principal;
- ayudas especiales para imputados y testigos menores por parte de las autoridades de menores y de la justicia penal;
- medidas especiales para protección de aquellas víctimas que deban esperar perjuicios particulares como consecuencia del procedimiento penal (especialmente el procedimiento principal).

En estos ejemplos se ve que las características fundamentadas en el estado social del procedimiento penal moderno no deben perjudicar su conformidad al estado de derecho, más bien pueden ser complementadas en la medida en que mejoran los presupuestos para una realización efectiva de los derechos procesales, o en su caso, los crean.

b) Naturalmente, los ejemplos en nada modifican el hecho de que, en el procedimiento penal, confor-

midad al estado de derecho y conformidad al estado social, tradicionalmente y con razón, deban ser entendidas en *contraposición entre sí*. Este principio se alimenta del carácter contrapuesto de ambos objetivos, según lo cual, el estado de derecho es la defensa frente a los perjuicios estatales no justificados, el aseguramiento del *status* negativo del ciudadano, mientras que el estado social debe garantizar los presupuestos de una participación activa en el Estado. Dentro de esta contraposición no puede existir ninguna duda de que el procedimiento penal tiene que ver más bien con las funciones propias del estado de derecho del Estado moderno; en el procedimiento penal, más que en ningún otro, el afectado se ve sometido en contra de su voluntad a la coacción estatal, y más que en ningún otro, de lo que se trata es de proveerlo de suficientes derechos de defensa.

En los ejemplos se puede ver que una concepción del procedimiento penal fundamentada en el estado social puede entrar en conflicto con sus obligaciones propias del estado de derecho. Esto siempre se puede esperar cuando los antagonismos que caracterizan al derecho penal se nivelan demasiado pronto o con demasiada amplitud y se atascan. Justamente la teoría procesal del nacionalsocialismo puede constituir un ejemplo de advertencia, dado que sugería una armonía de intereses de todos los intervinientes en el procedimiento penal, y de esta forma, a los intervinientes más débiles, o sea, a los imputados, se les recortaban las más rudimentarias posibilidades de influencia. Aun cuando en el procedimiento penal todos "tiran de la misma cuerda", tiran, sin embargo,

en direcciones opuestas. Así, cuando se trata, por ejemplo, de los "intereses del imputado", se debe escuchar con especial atención. Sus "intereses bien entendidos" no resultan, en la duda, sus intereses reales. Quien quiere proteger los intereses "bien entendidos" del imputado en el procedimiento penal protege más bien su propia idea de los intereses ajenos, y no tanto estos intereses ajenos mismos.

También para este grupo de problemas de la contraposición de las características de conformidad al estado de derecho y al estado social del procedimiento penal se pueden encontrar, naturalmente, muchos ejemplos, tales como:

- la idea de que se puede, mediante un "procedimiento de mesa redonda", armonizar, o en su caso, mejorar en forma real la posición del imputado (en realidad, en todo caso, se reduce su atención);
- las múltiples formas mediante las cuales justamente los defensores profesionales definen por sí mismos los intereses de sus mandantes;
- la idea de que el defensor penal tiene (en su calidad de "órgano de la administración de justicia" y como interviniente profesional en el procedimiento penal) el deber de hallar la verdad conjuntamente con los demás intervinientes en el proceso en un esfuerzo común (en lugar de ello, tiene que defender a su mandante, lo cual no siempre corre en la misma dirección);
- la coordinación de un defensor de oficio por el Estado contra la voluntad y la capacidad del imputado de defenderse por sí mismo.

Una comprensión irreflexiva del estado social puede, como se ve, desdibujar las seguridades propias del estado de derecho en el procedimiento penal o subordinarlas. En el procedimiento penal, en caso de controversia, tiene prioridad la conformidad al estado de derecho. En este tipo de procedimiento de lo que se trata es no de la elaboración de un consenso, sino de la *elaboración reglamentada del disenso.* (Y por ello, no en último término, es importante que todo imputado sea defendido profesionalmente.)

b) *Estado de derecho y estado eficiente*

En los últimos años se ha introducido en la República Federal de Alemania la vinculación conceptual entre "estado de derecho" y "eficiencia" o "defensa". Frente a las grandes amenazas de nuestra sociedad y de nuestro Estado, tales como el terrorismo, las drogas, la contaminación ambiental o la criminalidad económica se argumenta incansablemente con la idea de un "estado de derecho fuerte" que eliminará estos problemas (ello, en todo caso, con todos los medios a su disposición). Reiteradamente la jurisprudencia, iniciada por el Tribunal Constitucional Federal, introduce la *capacidad funcional de la administración de justicia penal,* haciendo referencia a que se encuentra amenazada, para evitar derechos procesales que perturban y para mejorar la energía y economía del proceso penal.

El problema de este desarrollo no reside en que un estado de derecho deba ser eficiente (esto resulta obvio), sino más bien en que la contraposición entre

conformidad al estado de derecho y energía (dicho tradicionalmente, entre formalidad de la justicia y eficiencia) se oculta en beneficio de la idea de un derecho penal eficiente.

Así como la justicia se encuentra respecto de la seguridad jurídica en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del derecho penal y del procedimiento penal. Un instrumental enérgico es una típica amenaza de los derechos del imputado en el proceso penal. Si se reúnen en una sola idea la conformidad al estado de derecho y la energía, entonces se vota en favor de la eficiencia (quizá sin percibirlo). El estado de derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al estado de derecho debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.

Con esta distinción entre conformidad al estado de derecho y eficiencia, no se ha creado ningún sistema de reglas a partir del cual se pueda deducir *more geometrico* la opción respectiva. Sin embargo, se ha redescubierto un instrumental con cuya ayuda se puede reconocer hacia dónde se dirige la política jurídica cuando se reforma el derecho procesal penal, sea mediante la legislación, sea mediante la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, puede ser absolutamente correcto que una lucha contra el crimen organizado en el ámbito del tráfico de drogas requiera la introducción de instructores ocultos (los así llamados *agentes*

enlace). Pero esta discusión no debería ser conducida como exigencia de un derecho penal conforme al estado de derecho, sino como exigencia de un derecho penal eficiente y suficientemente provisto desde el punto de vista criminalístico, en contradicción con los principios que nos han sido transmitidos desde un derecho penal conforme al estado de derecho. Así, puede ser necesario prolongar la prisión preventiva más allá de los plazos previstos por el legislador; pero se debería tomar conciencia de que esta prolongación amenaza los derechos procesales del imputado, y que aunque, por ejemplo, una duración máxima absoluta de la prisión preventiva sea menos eficiente, posiblemente esté más próxima a los principios del estado de derecho del proceso penal.

Finalmente, en la contraposición entre eficiencia y conformidad al estado de derecho del derecho penal se debería dejar también abierta la cuestión de qué es lo que debería razonablemente entenderse por *eficiencia*. Según mi impresión, la comprensión que se tiene es más bien de corto alcance y de carácter criminalístico: esclarecimiento y condena de hechos punibles. Una comprensión más exigente de la eficiencia, que incluya al afectado por el derecho penal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población, en muchos casos podría llegar a la conclusión de que solamente el derecho penal conforme con el estado de derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias.

III. CARACTERIZACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PENAL CONFORME AL ESTADO DE DERECHO

Como se puede deducir de cualquier manual de derecho procesal penal, las características de un procedimiento penal conforme al estado de derecho son varias. Por ello, tiene poco sentido enumerarlas y analizarlas a todas. Por lo tanto, debo hacer una selección, para acercarme de este modo al problema en una forma doble.

Por un lado, destacaré ejemplificativamente algunas características fundamentales de un procedimiento penal propio de un estado de derecho, para demostrar, a partir de las diferencias entre la teoría y la práctica, qué es lo propio de estas características: es en la realización práctica en donde estas características están, en su mayoría, amenazadas y restringidas (*infra*, 1). Por otro lado, quiero destacar tres características de un procedimiento penal propio de un estado de derecho, y tratarlas con mayor detalle (*infra*, 2-4), aquellas de las cuales pienso que tienen una especial significación, no solamente en el momento actual, sino en el marco de esta serie de conferencias.

1. **Teoría y práctica**

Entre los principios fundamentales de un procedimiento penal propio de un estado de derecho cuya fundamentación teórica hoy se encuentra fuera de duda, pero cuya realización práctica no siempre es completa y que siempre queda como tarea, se encuentran, por ejemplo, los siguientes:

- el *mandato de celeridad* —cuya contracara la constituyen los procedimientos penales, e incluso prisiones preventivas, que se prolongan durante años;
- el derecho del imputado a la *defensa* profesional, cuya contracara la constituye la diferencia no equiparable por el derecho procesal entre una defensa de oficio pagada en forma regular por el Estado y una defensa altamente motivada pagada en forma extraordinaria por el imputado rico;
- *la presunción de inocencia*, cuya contracara la constituyen los informes de la prensa prematuros y provocados por las autoridades instructorias acerca de la sospecha contra una determinada persona en el procedimiento instructorio, que es percibido por la opinión pública como una precondena, y que no pueden ser retrotraídos con la información posterior acerca de la absolución;
- *el procedimiento acusatorio*, cuya contracara es la intromisión de los tribunales competentes en el procedimiento intermedio, la admisión de la acusación para el procedimiento principal;
- *la publicidad* del procedimiento principal, cuya contracara la constituyen las numerosas excepciones en beneficio de la víctima, de los demás intervinientes en el procedimiento o las necesidades estatales;
- *el derecho a recurrir* una decisión perjudicial, cuya contracara es, por ejemplo, la eliminación de la instancia recursiva justamente en la criminalidad mediana o grave.

Todos éstos son solamente ejemplos. La diferencia específica entre la teoría y la práctica que se puede ver a partir de ellos caracteriza todos los principios básicos del proceso penal. También desde este punto de vista es importante (*vid. supra* II, 1, *b*) para la consideración jurídico-política del proceso penal no solamente la teoría, sino también la incorporación de la realidad en el análisis.

2. **Concepto de verdad procesal**

El objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un estado de derecho. En cualquier caso, una condena debe poder referirse a una base fáctica indubitable. Así como la justicia constituye el *ethos* de la aplicación de las normas, la verdad constituye el *ethos* del esclarecimiento de los hechos.

Con la obligación de buscar la verdad, el derecho procesal se remite a los fundamentos de la teoría del conocimiento y del derecho constitucional. El concepto de verdad procesal, es decir, la pregunta acerca de qué debe entenderse por "verdad" en el sentido de un procedimiento penal conforme al estado de derecho, va más allá de las relaciones dogmático-procesales. En la *literatura de la República Democrática Alemana* era determinado en forma a la vez rigurosa e ingenua: verdad era aquello que efectivamente había sucedido, y la actividad probatoria del proceso penal debía dirigirse hacia el esclarecimiento de ese suceso. (Similar en rigor e ingenuidad es

también la determinación comparable de los objetivos del derecho penal material y de la política criminal: luchar contra el delito o, inclusive, eliminarlo, en lugar de elaborarlo o de convivir con él en la forma adecuada.)

Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, este concepto de verdad presupone que es posible un conocimiento reflejo de la realidad: *adaequatio rei et intellectus*. Pienso que por tres razones esto no es posible, y ello debe tener consecuencias para el derecho procesal penal, tanto en la teoría como en la práctica.

a) *Teoría del conocimiento*

No existe ningún objeto que, en todo caso, no esté co-constituido por el conocimiento subjetivo. Los objetos del conocimiento están a nuestra disposición sólo dentro del conocer, y sólo se puede juzgar la fidelidad de su reflejo por medio del conocimiento dentro de los procesos cognoscitivos. El hecho de que el concepto de una cosa coincida con esa cosa no es resultado de un procedimiento abstracto mensurable, sino un proceso en el cual *sujeto y objeto* se encuentran implicados recíprocamente. Ya es resultado de nuestra experiencia diaria que hombres con una diferente historia vital, diferente profesión y diferentes intereses perciben las cosas de manera diferente, consideran correctas e incorrectas cualidades y características diferentes, las integran en estructuras diferentes.

No es posible esperar —tampoco en el proceso penal— encontrar la "verdad" acerca de sucesos y

desarrollos. El conocimiento de la verdad es relativo al sujeto cognoscente, a las particulares circunstancias del proceso cognoscitivo y a las cuestiones específicas que se dirigen a la "realidad". No es necesario decir que estas particularidades, en cuanto a que la percepción de la "realidad" es altamente selectiva, se hallan especialmente marcadas en el proceso penal.

b) *Derecho constitucional*

Si se mira el concepto de verdad del proceso penal bajo el punto de vista del derecho constitucional, se advierte que los límites en la búsqueda de la verdad material no son de lamentar, sino que se les debe dar la bienvenida.

La búsqueda de la verdad en el proceso penal no reside solamente en el interés público, sino que constituye al mismo tiempo una amenaza para todos los intervinientes en el procedimiento, no solamente para el imputado. Un procedimiento penal propio de un estado de derecho conoce, por lo tanto, limitaciones a la averiguación de la verdad, que generalmente son de importancia decisiva: el derecho del imputado de no estar obligado a declarar; el derecho del testigo a no autoincriminarse; el derecho a no testificar por razones de parentesco, proximidad social o secreto profesional. Estas prohibiciones a la búsqueda de la verdad en el proceso penal van en contra del interés de conocimiento en una forma típicamente intensa, pues se refieren a las fuentes de conocimiento que en general resultan más ricas. El

hecho de que justamente las personas a quienes el imputado posiblemente haya informado de modo confidencial también respecto del hecho tengan derecho a negarse a testificar requiere ser explicado.

Esto es posible explicarlo bajo el punto de vista del derecho constitucional. Tales derechos a negarse a declarar existen en interés de las profesiones o de las personas protegidas. Son *derechos de defensa frente a los intereses de la investigación* en el procedimiento penal. Visto de este modo, la búsqueda de la verdad puede ser considerada una empresa complicada que puede estar en contraposición con los derechos a la libertad. Un procedimiento penal adecuado a un estado de derecho debe lograr una relación bien equilibrada entre el interés en la verdad, por un lado, y la dignidad de los afectados, por el otro; la búsqueda de la verdad no puede ser realizada a cualquier precio.

c) *Derecho procesal penal*

La búsqueda de la verdad en el procedimiento penal es, por lo tanto, relativa a las vías legítimas a través de las cuales se puede lograr. Tiene sentido, por eso, hablar no de *verdad* "objetiva" sino de verdad "forense" u obtenida de acuerdo con las "formalidades judiciales". Todos los intervinientes deben advertir que una condena no puede estar legitimada con "la" verdad, sino que más bien —con total fundamento— se encuentran en juego procesos de selección. También aquí se ve, no solamente bajo el aspecto de la interpretación de la ley, la actividad creadora

desarrollada por los jueces penales. Esto aumenta sus tareas de legitimación.

De todo ello resulta, entonces, que desde el punto de vista de la dogmática del derecho procesal penal, la convicción del juez —y no un arsenal de elementos probatorios objetivos— debe constituir el fundamento racional de una condena penal. Así como no se puede contar con la interpretación del derecho *more geometrico*, tampoco la averiguación de la verdad puede serlo. De lo que se sigue que el deber del tribunal de buscar la verdad no puede ser entendido como la investigación de la verdad "objetiva", sino solamente como el deber de apoyar una condena sobre aquello que indubitablemente puede darse por comprobado. De ello resulta entonces, al mismo tiempo, una fundamentación más profunda, y sobre todo, un reforzamiento, del principio *in dubio pro reo*.

3. **Validez de principios indisponibles**

En el derecho y la práctica del procedimiento penal en la República Federal de Alemania ha entrado en el primer plano en el último tiempo un principio metodológico que puede ser denominado *dogmática de la ponderación*. Así, los tribunales —con amplio acuerdo de la doctrina— consideran, en principio, inconstitucional la valoración de las notas íntimas del imputado, y consideran incompatible con el estado de derecho cuando las autoridades instructorias colocan una persona de confianza de la policía en la celda para sondear al imputado; pero en caso de que se trate de criminalidad grave se está dispuesto a pa-

sarlo por alto: en casos de contravenciones graves al derecho o sospechas serias contra una persona puede ser admisible también una injerencia en la dignidad de la persona o en su derecho a la libertad.

El principio metodológico subyacente, es decir, la ponderación entre distintos intereses, su intensidad y peso, es un antiguo y buen principio de la jurisprudencia: solamente el interés de mayor valor debe imponerse en el caso de conflicto. Este principio también tiene cabida en un derecho moderno, porque aporta a la flexibilización de la decisión jurídica; el método de la ponderación puede ser introducido con una gran proximidad al caso, en el caso particular concreto, como principio de la valoración de intereses. El derecho de carteles o de subvenciones pueden ser un ejemplo.

El proceso penal, por el contrario, me parece un ámbito jurídico y un tipo de procedimiento en el cual el método de la ponderación no resulta para nada adecuado, y que, incluso, con el tiempo, puede tener efectos devastadores. Las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son *formas protectoras* en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo, se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal.

Quien, por ejemplo, autoriza la *tortura* en un caso de toma de rehenes, en el cual el rehén inocente puede ser rescatado mediante la obtención coactiva del lugar en que se halla por parte de un coautor

detenido, ha abandonado la prohibición de la tortura. Quien —también solamente en casos de criminalidad muy grave— libera de persecución y punición a los *testigos principales*, abandona el principio de igualdad y de culpabilidad. Similar es lo que ocurre con la *libertad de comunicación* entre defensor e imputado, o con la protección de la *esfera de intimidad* o la *dignidad de la persona*. Todos estos principios se encuentran entonces a disposición de quien tiene que emprender una ponderación en el caso concreto.

De acuerdo con esto, el procedimiento penal y su concepción jurídica no deberían ser vistos solamente como un medio para el esclarecimiento y persecución de los hechos punibles, sino también como un signo de la respectiva *cultura jurídica*. Su *ethos* y su legitimación surgen a partir de una superioridad moral frente al control social en principio no vinculante. Esta superioridad moral se apoya en la cuestión de cuáles son los límites y principios del derecho procesal penal que se pretende hacer valer incluso en horas de necesidad por sí mismos. En mi opinión, solamente un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población.

4. **La división de poderes en el proceso penal**

Un proceso penal tiene, como todo ejercicio del poder estatal, mecanismos que pueden frenar o bloquear el ejercicio del poder en el caso concreto. Uno de los medios para alcanzar este objetivo es el reparto del ejercicio del poder en diferentes funciones

y titulares de las funciones, con lo que se puede contar con el control y limitación. Por este motivo existen múltiples mecanismos de división del poder en el proceso penal. Extraigo tres constelaciones que en este momento me parecen las más significativas.

a) *Procedimiento acusatorio*

La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho. El juez inquisidor reunía en sus manos prácticamente todas las funciones del estado penante y se encontraba ampliamente a cubierto de controles y correcciones.

El principio acusatorio, por el contrario, prohíbe a aquel que debe juzgar una causa el atraerla para sí, y a aquel que la trae a decisión, el decidirla. La *separación entre tribunales y fiscalías*, la atribución de diferentes funciones, el equilibramiento práctico en el proceso de las diferentes competencias y derechos de intervención concretan un momento importante de la división de poderes en el proceso penal. Una armonía de los poderes resulta amenazadora para aquel que se encuentra sometido a ellos; a partir de su contraposición puede desarrollar posibilidades para su defensa, corrección y control.

b) *Independencia de la administración de justicia*

La independencia del juez constituye —justamente en el proceso penal— un pilar de la organización judicial en un estado de derecho. Sin la

concreción de este principio, la justicia no merece su nombre, es un instrumento estatal, entre otros, si falta en la organización del Estado la función central de un control efectivo del poder del Estado.

La independencia judicial no presenta *problemas* en los principios, sino en la *práctica.* No hay demasiados que la discutan en lo fundamental, pero sí algunos para quienes va demasiado lejos. Con el reconocimiento del principio de la independencia judicial no es mucho lo que se ha ganado; se debe controlar que este principio pueda realizarse en la práctica cotidiana.

Esto significa, concretamente, que la independencia judicial no solamente se muestra en la relación del juez con las partes procesales o respecto de las autoridades judiciales; se muestra también —y sobre todo actualmente— en la relación del juez con el Poder Ejecutivo, los partidos políticos y los medios de comunicación. Se muestra, por tanto, en ámbitos que difícilmente puedan ser regulados formalmente. No es la situación legal la que decide acerca de la *independencia real* del juez, sino, por ejemplo, la seguridad de la posición en que se encuentra. Para su independencia es importante la cuestión de si se puede ejercer sobre él presión hacia un "comportamiento adecuado", rico en consecuencias, o si es independiente o no de la "política" en sentido amplio.

Esto significa, a largo plazo, que para la independencia del juez y de la administración de justicia resulta de importancia decisiva que los jueces puedan constituir una *autoconciencia* que contenga las ventajas y los caracteres específicos de esa profesión

y los distinga de las demás funciones del poder estatal. Esta autoconciencia depende, por ejemplo, de la calidad de la formación y de la profesionalidad de los formados, de su situación social, de su pago, de las dificultades notorias para su traslado y su separación del servicio.

La independencia del juez es otro ejemplo adecuado para el reconocimiento de que en el juzgamiento de la conformidad al estado de derecho del proceso penal se trata menos de la situación legal que de las circunstancias fácticas.

c) *Derechos de participación efectivos del imputado*

También acerca del imputado, su posición y sus derechos, un derecho penal puede organizar la división de los poderes en el proceso penal. Cuanto más efectivamente participe el imputado en el desarrollo y la finalización del procedimiento, tanto más se podrá contar con un *control del poder estatal* en el procedimiento penal.

Entre los derechos de participación de los afectados se menciona tradicionalmente, ante todo, su posibilidad de *recurrir las decisiones* que lo perjudiquen. Vinculado con la prohibición de una peor posición, esto constituye, de hecho, una posibilidad importante de intervenir en el procedimiento penal y, sobre todo, en sus resultados.

Sin embargo, cuando menos tienen la misma importancia los *derechos de intervención* con cuyo ejercicio el imputado puede influir no sólo en la aplicación de la ley y en el resultado del procedi-

miento, sino ya en la construcción de la situación de hecho y el desarrollo del procedimiento. Para el imputado es al menos de la misma importancia, qué hechos pueden valer como probados como la correcta comprensión de una norma legal.

Por estos motivos alego en favor de un estricto *derecho de solicitud de prueba* tanto para el fiscal como para el imputado, con cuya ayuda puede ser ejercida una amplia influencia material sobre el procedimiento probatorio. En esto, el juez debe permitir que se lo moleste en la formación de una opinión acerca de la "verdad" durante el desarrollo del procedimiento probatorio. Debe incorporar los puntos de vista de los demás intervinientes en el proceso, especialmente el del imputado, durante la formación de su convicción. Esto significa que el imputado debe tener ya durante el procedimiento instructorio un derecho de solicitud de prueba asegurado, que deben existir fundamentos claros para denegar las solicitudes de prueba que puedan ser controlados en forma precisa en caso de que el juez del hecho se haya negado a una solicitud con razón o sin ella. No sólo los recursos limitan y controlan el poder de decisión judicial, sino ya la temprana intervención en la configuración de la situación de hecho.

IV. LA SITUACIÓN ACTUAL EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

1. Desarrollo general

En la República Federal de Alemania no existe hoy el clima político que sería necesario para un desarro-

llo del procedimiento penal y del derecho procesal adecuados a un estado de derecho.

Los centros de la *política criminal* general no son actualmente el derecho penal formal y la parte general del Código Penal, tal como el derecho de las consecuencias jurídicas. El centro lo constituyen más bien la parte especial, sea en el Código Penal, sea en el derecho penal complementario. Terrorismo, medio ambiente, crimen organizado, delitos económicos, drogas y protección de datos son los ámbitos en los cuales el legislador realiza su actividad configuradora en el último tiempo.

La dirección que se traza a este respecto no es la de la desincriminación ni la de la modificación de la criminalización, sino claramente la *nueva criminalización*. El legislador sigue en gran medida los sentimientos públicos de amenaza de la población en los campos mencionados, e intenta, en caso necesario, satisfacer una "necesidad de acción", política actual mediante una legislación meramente "simbólica". Existen dos indicadores de este proceso. Por un lado, el legislador elige la forma de los delitos de peligro abstracto, cuyos presupuestos de punición —mediante la renuncia a la comprobación de la producción del daño y la causalidad— se reducen esencialmente. Por otro lado, para todos los especialistas resulta evidente que la "nueva criminalización" viene acompañada de "déficit de ejecución"; una circunstancia que hace pensar si tiene sentido la introducción del derecho penal en estas áreas en la forma actual.

En tanto el legislador ha reformado en los últimos años el *derecho procesal penal*, no puede pretender

el sello positivo de "reforma". Estas modificaciones fueron puntuales y aplicadas retroactivamente; sirvieron para facilitar la economía en el procedimiento, y especialmente, para evitar y dificultar perturbaciones en el procedimiento. Las modificaciones al derecho procesal penal que por el momento están a la vista tienden a satisfacer intereses criminalísticos —ante todo, a costa de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento— y aumentan y refuerzan los instrumentos instructorios cuantitativa y cualitativamente. Las modificaciones del procedimiento penal que resultan de la jurisprudencia y de la práctica se orientan hacia la desformalización, a la eliminación de las formalidades.

2. **Ejemplos**

Con tres ejemplos se puede estudiar este proceso con mayor precisión.

a) *Soluciones informales*

No sólo en la actualidad, pero hoy con mayor fuerza, la práctica recurre a instrumentos informales de los trámites procesales, a partir de la criminalidad masiva y de su aumento cotidiano. Sobre todo el § 153*a*, StPO se ha convertido en una restricción práctica muy importante del principio de legalidad. Este precepto (al cual —no sin razón— se lo ha tachado de *comercio con la justicia*) posibilita al Ministerio Público, y luego, también al tribunal con el

acuerdo del imputado, a sobreseer anticipadamente el procedimiento sin que con ello se deba renunciar a una sanción, por ejemplo, en forma de multa. Los problemas jurídicos de tal regulación resultan evidentes. No todo imputado está en condiciones de ofrecer algo en un trato semejante, la causa finaliza sin control público, el procedimiento instructorio equilibrado por el ordenamiento procesal mediante el juicio principal se convierte en numerosos casos en el punto principal del procedimiento penal, con la consecuente reducción de numerosas garantías jurídicas.

b) *Testigos de la corona*

Para mejorar la situación frente al difícil estado de necesidad de las investigaciones que se plantean ante todo frente a hechos de terrorismo, el legislador, luego de largas idas y venidas, y con ciertas dudas, decidió atraer al llamado "testigo de la corona"* en los hechos de terrorismo, mediante la atenuación de la pena o el sobreseimiento del proceso para acercarse a través de él al grupo investigado. Las dudas del legislador se muestran en la fundamentación, en el desarrollo del procedimiento legislativo, pero también en la circunstancia de que esta posibilidad legal esté temporalmente sujeta a plazo.

Es evidente que el testigo de la corona constituye un *ataque central* a los principios propios del estado

* Una institución similar a la que critica el autor es la que se denomina entre nosotros, especialmente en el lenguaje periodístico, la declaración del "arrepentido" (N. de la T.).

de derecho del derecho procesal penal. Esta persona es beneficiada jurídicamente por la traición, y el beneficio no tiene nada que ver con el arrepentimiento o el desistimiento, sino con un interés criminalístico; los inculpados son tratados en forma desigual; la confianza de la población en una administración de justicia que pacta con delincuentes graves no puede ser ilimitada. Ante todo, la circunstancia de que las autoridades instructorias estén autorizadas a mantener al sospechoso del hecho que quieren señalar como testigo de la corona de antemano fuera del procedimiento, produce fuertes objeciones jurídicas. (Queda por el momento fuera de cuestión si estas injerencias en el derecho procesal penal conforme al estado de derecho conducen finalmente a éxitos investigativos.)

c) *Tratos en el proceso penal*

La 58ª Convención de Juristas alemanes discutía en otoño de 1990 en Munich, en la comisión de derecho penal, acerca de un fenómeno que seguramente es tan antiguo como el proceso penal, pero que hoy, evidentemente, se ha ampliado y consolidado: la negociación del resultado del procedimiento *entre los juristas profesionales.*

Aquello que los defensores penales experimentados ya habían hecho saber —bajo la expresión "programas informales"— llegó a la opinión pública a través de comparaciones fracasadas, e intranquiliza a los procesalistas penales desde entonces con diferente intensidad: que el presidente del tribunal (a

veces sin participación de los jueces profesionales, y casi siempre sin participación de los jueces legos), el fiscal y el defensor (mayormente sin la participación directa del imputado), llegan a un acuerdo fuera del juicio principal y excluyendo a la opinión pública, según el cual se ofrece, por un lado, una pena más leve que la esperada, y por el otro, se renuncia a hacer valer derechos que retrasarían o dificultarían el procedimiento. En el procedimiento principal que sigue luego se actúa, entonces, el desarrollo del procedimiento conforme lo acordado. Con algunas diferencias en lo particular, y para los actores particulares, parece ser que los tratos en el proceso penal se han impuesto en las causas por delitos económicos y para casos graves de criminalidad con drogas.

También aquí resultan evidentes los peligros de un procedimiento desformalizado. Los principios de la participación de los legos, de publicidad, oralidad, así como la presunción de inocencia se hallan, cuando menos, amenazados. El peligro de que un inocente que sienta temor frente a las cargas del proceso penal confiese el hecho injustamente no puede ser eliminado en modo alguno.

V. POSIBILIDADES DE UN PROCEDIMIENTO PENAL CONFORME AL ESTADO DE DERECHO

Como puede verse en general, no es tanto la existencia de las normas la que decide acerca de la cuestión de si una sociedad puede o no organizar su procedimiento penal conforme al estado de derecho,

sino más bien la práctica social y estatal. Conocemos Estados cuyo derecho procesal penal *en los textos* es intachable, pero cuyos procedimientos penales constituyen una amenaza para los derechos humanos. Y en Estados tales como Gran Bretaña o Suiza es posible estudiar la otra cara de la moneda: una *práctica conforme al estado de derecho* sobre una base legal hasta el momento delgada y con lagunas.

En mi opinión, en la práctica a largo plazo se decide acerca de la conformidad al estado de derecho del procedimiento penal en tres campos: en la formación de los juristas, en los medios y en la actitud de la población respecto de la administración de justicia.

En la *formación de los juristas* se decide en gran parte cómo será la práctica jurídica de un Estado. Las leyes pueden marcar solamente los límites y determinar el marco exterior: el manejo de los profesionales con la ley determina la decisión efectiva de la situación jurídica y la existencia real de derechos. La profesionalidad de los juristas, que se transmite sobre todo mediante la formación, decide en buena parte acerca de la independencia real de la administración de justicia frente a la intervención social y estatal. La sensibilidad de los juristas frente a las personas afectadas, frente a la política y frente a los mecanismos sociales puede ser fomentada o bloqueada durante la formación. Absolutamente decisivo para las oportunidades reales de un procedimiento penal conforme al estado de derecho es una cantidad suficiente de defensores penales preparados y conscientes, que permanentemente controlen —no solamente en interés de sus mandantes— el respeto de las reglas que aseguran la libertad.

En lo que se refiere a los *medios* en su relación con la administración de justicia, hoy se sabe, como resultado de numerosas investigaciones, que son todo menos un informador fiel de la justicia frente a la opinión pública interesada. No informan ni acerca de lo que ocurre realmente en la justicia ni acerca de la forma en que esto sucede, sino que informan según sus propias reglas de relevancia, en lo cual se orientan según las expectativas esperadas de los destinatarios. El resultado es un cuadro totalmente distorsionado de la justicia en la información de los medios, donde el derecho penal y los delitos de sangre captan un gran espacio.

Con el tiempo, en mi opinión, una justicia penal conforme al estado de derecho puede convivir bien con una información de este tipo. Es función y derecho de los medios configurar y seleccionar según sus propias reglas. No son un órgano de la administración de justicia. Resultan, sin embargo, de enorme importancia —y para ello no existe en una sociedad libre ningún sustituto posible— para la permanente vigilancia y control social acerca de aquello que hace la justicia. Una administración de justicia penal no es pensable, con el tiempo, sin una prensa libre e interesada en esa administración de justicia penal.

Una prensa libre e interesada en la administración de justicia penal es también la más importante vía de comunicación entre la justicia penal y la *población*. Sobre todo, es mediante los medios que hoy la gente sabe lo que sabe acerca de la justicia penal. La imagen de la administración de justicia en la

cabeza de la gente es, en mi opinión, el factor más importante para el surgimiento y la supervivencia de un procedimiento penal conforme al estado de derecho. Para esta imagen resulta decisiva una forma doble de confianza: la confianza de la gente en la independencia y respetabilidad de la justicia penal y de los hombres que se desempeñan en ella, como así también la confianza del ciudadano en la capacidad que le es propia, de tener la oportunidad, en caso de conflicto, de una intervención de la justicia penal que produzca consecuencias, y de estar en posición de un control real de la justicia penal. Esta imagen es difícil de lograr y fácil de perder. Si llega a configurarse, y cómo, depende de muchos factores, no todos los cuales se encuentran en relación con la justicia penal. También en ello es posible ver que la configuración de un procedimiento penal conforme al estado de derecho no es solamente una cuestión de la justicia, ni tampoco del Estado, sino que es, esencialmente, una cuestión de la sociedad.

Capítulo IV

Los presupuestos de la prisión preventiva*

SUMARIO: *I. La discusión actual. 1.* Derecho comparado. *2.* Los hechos del derecho. *3.* Consecuencias. *II. Los parámetros normativos. 1.* Legitimación de la prisión preventiva. *2.* Límites de la prisión preventiva. *a)* Presunción de inocencia. *b)* Prohibición de exceso. *3.* Política criminal a largo plazo. *III. Conclusiones.*

* *Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, publicado en "Der Strafverteidiger", 1/1984, pp. 38 y ss., ampliada con notas al pie, de la conferencia en las *IV Jornadas de la Asociación de Defensores Penales de Alsberg*, en noviembre de 1983, en Bonn.

I. LA DISCUSIÓN ACTUAL

En el último tiempo, nuevamente se han hecho escuchar públicamente las críticas a la prisión preventiva, y también el Colegio Alemán de Abogados *(Deutscher Anwaltverein)* ha hecho su aporte en su I Foro en febrero de 1983. Estas críticas no son nuevas, y los argumentos y comprobaciones que se contraponen, también son conocidos. "Se detiene demasiado y demasiado apresuradamente", se escucha por un lado; y desde hace décadas se contesta, "teniendo en cuenta el amenazante desarrollo de la criminalidad y su esclarecimiento, se debe convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo para la lucha contra el delito".[1] Es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente.

Pero también es comprensible que la discusión no se apacigüe, dado que críticos y defensores no argumentan en el mismo plano: quien quiere ampliar la prisión preventiva invoca el deber de una admi-

[1] En mi libro *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* hay un análisis de esta argumentación desde el punto de vista político-criminal, 1974, pp. 80 y ss.

nistración de justicia de eficiente funcionamiento, de poner coto a la criminalidad. Quien considera excesiva a la prisión preventiva lo hace en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal acorde con el estado de derecho. Y también se hace visible otra diferenciación: el objetivo de una lucha efectiva contra el delito (también) con la ayuda de la prisión preventiva no puede negar su vinculación con objetivos de derecho material (como por ejemplo, con las teorías preventivas de la pena); la crítica a prácticas de detención demasiado apresuradas o demasiado amplias, al invocar la formalidad judicial del procedimiento penal, se apoya, por el contrario, en relaciones de derecho formal. Efectividad de la persecución penal versus formas protectoras de las garantías; determinación de objetivos de derecho material versus determinación de objetivos de derecho procesal: estas divergencias ocultas en las cuestiones básicas de política criminal y del sistema de derecho penal no sólo dificultan un acuerdo en orden a las consecuencias, sino ya el acuerdo acerca de cuáles son las posibles consecuencias que pueden regir como criterio de corrección o racionalidad.

Ellas dificultan también una orientación según parámetros, de los cuales se sirve con razón toda política jurídica, el derecho comparado y la estadística.

1. **Derecho comparado**

Así, por ejemplo, Gran Bretaña y la República Federal de Alemania resultan comparables desde el punto

de vista de las cifras de detenidos, a pesar de que allá la cifra de detenidos con condena es diez veces mayor que la de detenidos en prisión preventiva, los cuales, entre nosotros, se acercan a un tercio del total de los detenidos.[2] Y en Italia, en donde los fundamentos de la prisión se asemejan en algunos aspectos a los nuestros,[3] la cantidad de detenidos en prisión preventiva es mayor que la de los que se hallan cumpliendo la pena.[3 bis] El hecho de que en el extranjero comparable se persigan ampliamente también aquellos objetivos que no se agotan en el mero aseguramiento del procedimiento,[4] puede resultar tranquilizador, en consecuencia, sólo a primera vista. Es justamente en el derecho de la prisión preventiva en donde las particularidades de un ordenamiento jurídico nacional y la cultura jurídica que le subyace se caracterizan en forma tal, que el derecho comparado sólo permite una *causa informandi*, y en modo alguno *imitandi*.

2. **Los hechos del derecho**

Algo similar rige para las comprobaciones estadísticas. De ellas se habían servido, en gran medida,

[2] Cf. KAISER / KERNER / SCHÖCH, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1982, p. 41, tabla 5; ABENHAUSEN, *Statistische und empirische Untersuchungen zur Untersuchungshaft*, en JUNG / MÜLLER-DIETZ (comp.), *Reform der Untersuchungshaft. Vorschläge und Materialien*, 1983, pp. 139 y s.

[3] Cf., p. ej., JESCHECK / KRÜMPELMANN, *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, 1971, p. 955; WOLTER, *Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen*, "ZStW", 93 (1981), pp. 481 y s.

[3 bis] Cf. las referencias de nota 2.

[4] JUNG, *Das Institut der Untersuchungshaft im vergleichenden Überblick*, en *Reform der Untersuchungshaft* (nota 2), pp. 91 y s.

especialmente los críticos policiales de la Ley de Reforma del proceso penal, más bien liberal, de 1964, a fin de demostrar que la lucha contra la criminalidad grave y en serie sólo podía conducirse con una prisión preventiva ampliada en sus presupuestos.[5] También el lado contrario apoya su tesis de que se detiene demasiado y demasiado apresuradamente en comprobaciones estadísticas.[6] ¿Qué es lo que se sabe realmente acerca de los presupuestos de la prisión preventiva, y qué es lo que se sigue de ello?

Se sabe[7] que desde hace mucho tiempo, la criminalidad registrada policialmente aumenta, con una cuota de esclarecimiento decreciente. Mientras que a partir de 1970 el número de adultos en prisión por corto tiempo (hasta seis meses) disminuye notablemente, el cociente de prisión preventiva aumenta ostensiblemente, lo cual, por un lado, es consecuencia de la política criminal en el ámbito de las sanciones, y por el otro, es interpretado como que la prisión preventiva es parcialmente un complemento de la pena. La introducción del procedimiento de control de la prisión por los tribunales superiores no tiene reflejo estadístico, y por el contrario, desde 1964 la duración de la prisión por más de seis meses

[5] Cf., p. ej., ENDER, *Zur — erneuten — Reformbedürftigkeit des §112 StPO. Kriminalistik*, 1968, p. 523; SCHREIBER / SCHILASKY, *Zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr. Kriminalistik*, 1969, p. 393.

[6] Cf., p. ej., WIEGAND, *Untersuchungshaft und Aburteilung — eine statistische Bestandaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Berliner Situation*, en "Strafverteidiger", 1983, p. 437; WOLTER, (nota 3), pp. 453, 458, 468, 482, 487.

[7] Extraigo los datos de ABENHAUSEN (nota 2), pp. 99 y ss.

aumenta constantemente. Con diferencias específicas para cada delito, la prisión preventiva en más del 90 % de los casos es más corta que la pena de prisión impuesta, pero, de todos modos, en casi el 5 % es más larga. Los fundamentos para decretar la prisión están representados cuantitativamente en forma muy diferente: en 1980 la fuga y el peligro de fuga alcanzan el 93,7 %, el peligro de obstrucción de averiguación de la verdad baja a un 3,5 %, la detención fundada en los §§ 112, III y 112*a*, I, Nº 1, StPO, oscila en un 1 %, el peligro de reiteración según el § 112*a*, I, Nº 2, StPO, en un 3 %. También aquí existen, naturalmente, particularidades según la clase de delito, tal como aproximadamente un 14 % de peligro de obstrucción de la investigación en casos de proxenetismo, o más de un 40 % de peligro de reiteración en caso de abuso sexual de dependientes, según el § 112*a*, I, Nº 1, StPO.

Estas detenciones, ¿son demasiadas o muy pocas?; ¿fueron ejecutadas muy apresuradamente o muy dubitativamente?; ¿y qué significa la relación cuantitativamente distorsionada de los fundamentos de la detención entre sí? A partir de estos datos no puedo extraer consecuencias normativas; tomados en sí mismos, no son más que piezas de juego en la discusión político-criminal, y sólo adquieren fuerza expresiva cuando se los coloca en un contexto valorativo. A partir de un ejemplo: el hecho de que el "condenado normal" sólo sea condenado en un 13,2 % a una pena privativa de libertad, pero los detenidos en prisión preventiva sean condenados en

un 81,8 %[8] puede ser leído como una comprobación del prejuicio judicial frente a una detención anterior, pero también como que en gran medida sólo los "realmente culpables" son detenidos en prisión preventiva. O también: el hecho de que el 97,3 % de los detenidos en prisión preventiva sea condenado —tomado por sí mismo— no puede tranquilizar. Si además se toma en cuenta que de las penas privativas de libertad impuestas según el derecho penal de adultos un 36,8 %, y un 42,6 % de las dictadas según el derecho penal de menores, son de ejecución condicional,[9] entonces, la práctica de las sanciones frente a los detenidos en prisión preventiva ya adquiere otro color:[10] más de un tercio perdió su libertad exclusivamente en una situación en la que debió haber sido considerado inocente.

Pero también se sabe algo que relativiza aun más la fuerza expresiva de los datos mencionados. El alcance efectivo de la criminalidad, a pesar de las cifras antes y después de la coma de los cálculos porcentuales, nos es conocido, en el mejor de los casos, con imprecisión. Aquello que queda como cifra negra sólo puede ser estimado a grandes rasgos. Dado que las cifras negras adquieren diferentes magnitudes según el delito específico, se debe contar firmemente con una representación distorsionada no sólo del alcance de la criminalidad, sino también de su estructura real. A partir de las estadísticas

[8] ABENHAUSEN (nota 2), pp. 137 y s.
[9] ABENHAUSEN, idem, pp. 135 y s.
[10] Cf. al respecto, *infra* II, 2, b.

policiales y de condenas no es posible deducir en forma confiable qué es lo que informa y qué es lo que produce la prisión preventiva en el campo de la conducta criminal.

Ahora bien, críticos más bien constructivos de las estadísticas criminales objetan que éstas, si bien no miden la realidad de la criminalidad, sí la criminalización real, el "manejo" de la criminalidad.[11] Con relación a los presupuestos de la prisión preventiva, esto expresaría que por lo menos se puede confiar en la distribución real de los fundamentos de la prisión (y extraer consecuencias de política criminal a partir de allí). Pero yo tampoco tendría confianza en esto.

Por lo menos ya desde comienzos de los años sesenta se sabe que existen "fundamentos apócrifos de la prisión", cuando se argumentó en favor de la sanción del peligro de reiteración que en la práctica éste era el fundamento de la detención, aun sin base legal, ubicándoselo, apócrifamente, en el peligro de fuga.[12] Nada se sabe con precisión acerca de la medida y distribución de los fundamentos apócrifos de la prisión, las dificultades metódicas para su registro son enormes. Con la expectativa correcta de tener más éxito entre los jueces de menores, se los interrogó acerca de los "verdaderos" fundamentos de la detención, con la suposición de que allí la detención sirve como una "intervención estacionaria de crisis"

[11] Así, PILGRAM, *Kriminalität in Österreich. Studien zur Soziologie der Kriminalitätsentwicklung*, 1980, p. 38.

[12] Así, p. ej., SCHMITT, *Strafprozessuale Präventivmaßnahmen*, en "JZ", 1965, p. 194, con otras citas.

y como "apoyo estacionario para un tratamiento de prevención especial a más largo plazo".[13] El resultado del interrogatorio, si bien es provisional y no representativo, resulta impresionante:[14] de 14 jueces de menores del tribunal de primera instancia de Munich sólo uno respondió negativamente a la pregunta: "¿Existen fundamentos no escritos para la prisión?", y lo hizo en forma tan lacónica que se duda de que la haya entendido. Las respuestas de los trece restantes son sorprendentemente consistentes; en lo esencial, giran en torno a dos fundamentos para la detención. Se detiene por motivos "educativos" (la "pena" debe seguir inmediatamente al "hecho"), y se prepara una ejecución condicional (el afectado, con todo, ya ha sufrido una detención).

Estos resultados pueden ser relativizados un poco, en todo caso, con el argumento de que los jueces de menores son una especie particular. Seguramente el juez de menores está más cerca de una intervención pedagógica con los instrumentos del derecho penal que el juez en el derecho penal de adultos. Pero se debe tener en cuenta que la Ley de Tribunales de Menores (en el § 72) estigmatiza a la prisión preventiva —más estrictamente que la StPO— como *ultima ratio*, y que favorece la internación

[13] Así, WALTER, *Untersuchungshaft und Erziehung bei jungen Gefangenen*, "MSchrKrim", 1978, p. 342, con otras citas.

[14] El interrogatorio fue llevado a cabo por CHR. PFEIFFER en el marco de un proyecto de investigación, y es presentado por SCHULZ, *Untersuchungshaft — Erziehungsmaßnahme oder vorweggenommene Jugendstrafrecht?*, en *Die jugendrichterlichen Entscheidungen — Anspruch und Wirklichkeit*, 1981, pp. 402 y ss.

provisional en una institución educativa. Aun cuando la práctica apenas si sigue este programa legal por diversos motivos:[15] el hecho de que existan fundamentos apócrifos de la detención sólo en el derecho penal de menores podría ser una mentira piadosa.

3. **Consecuencias**

De esto se sigue, con relación a lo primero, que sólo a partir de los hechos jurídicos no pueden deducirse confiablemente ni la significación "real" de la prisión preventiva como instrumento de política criminal, ni el papel "real" de los presupuestos de la detención. Con relación a los fundamentos de la detención no sabemos, tomado estrictamente, cuáles son los "verdaderos" fundamentos de la prisión, ni tampoco cuáles han conducido "realmente" al juez, sino sólo cuáles son los que él ha asentado en el decreto de prisión preventiva. Sólo a partir de parámetros normativos es posible juzgar cuáles son los presupuestos legítimos de la prisión preventiva, dónde se encuentran sus límites, y si actualmente estos límites están siendo sobrepasados.

Acentúo esta obviedad porque, en mi impresión, ello no es suficientemente tomado en cuenta en la discusión actual. Según esto, se puede plantear la cuestión de los efectos curativos de esta detención, frente a un desarrollo amenazante de la criminalidad,

[15] KREUZER, *Untersuchungshaft bei Jugendlichen und Heranwachsenden. Recht der Jugend und des Bildungswesens*, 26, 1978, pp. 345 y s.; SCHULZ (nota 14), pp. 406 y ss., 413.

recién cuando se ha resuelto que la prisión preventiva es normativamente competente para tal efecto: antes de estar de acuerdo acerca de que la prisión preventiva es un instrumento legítimo de la lucha contra el crimen, tiene poco sentido hablar acerca del alcance de su idoneidad efectiva. Aquellos que actualmente critican el derecho y la práctica de la prisión preventiva, cuestionan esta competencia normativa de la prisión preventiva, y por cierto, a partir de fundamentos normativos, no de hecho. Su argumento, por lo tanto, tiene prioridad. Salirle al encuentro haciendo referencia al desarrollo amenazante de la criminalidad y a la necesidad de una detención temprana constituye —ya por motivos sistemáticos— el intento inidóneo de afirmar la idoneidad fáctica de un instrumento cuya aplicación para esa finalidad está prohibida por buenas razones.

II. LOS PARÁMETROS NORMATIVOS

Los parámetros normativos para los presupuestos de la prisión preventiva son ampliamente conocidos y estudiados.[16] Se derivan de la Convención de derechos humanos, de la Constitución y de otros fundamentos de nuestro derecho procesal penal. Me limito a un breve resumen.

[16] Cf., especialmente, *Arbeitskreis Strafprozeßreform (Círculo de Trabajo de la Reforma del Proceso Penal), Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung*, 1983, *Vorbemerkungen*, pp. 28 y ss., fundamentos del § 1, pp. 41 y ss.: fundamentos de los §§ 5 y 6, pp. 59 y ss., 65 y ss.

1. **Legitimación de la prisión preventiva**

La posibilidad jurídica de detener a una persona y de mantenerla en prisión con relación a un hecho respecto del cual no ha sido declarada culpable se deriva necesariamente de algunos presupuestos fundamentales de nuestro derecho procesal penal, para los cuales no se encuentra a la vista una alternativa idónea: si la sospecha de un hecho punible se encuentra fundada, entonces debe tener lugar el procedimiento penal (la sospecha debe ser formalizada, con forma judicial, elaborada, y no, por ejemplo, tomada globalmente); si la sospecha se dirige contra una persona determinada, en calidad de autor, entonces, esa persona debe ser parte en el proceso penal (el procedimiento no puede estar limitado exclusivamente a los auxiliares jurídicos profesionales); debe ser posible jurídicamente, en ciertas partes del procedimiento, mantener a la persona sospechada corporalmente presente (a esa persona le debe estar prohibido renunciar totalmente a su participación); el procedimiento penal debe asegurar las consecuencias jurídicas que produce (no puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal).

La ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga. Menos necesario, pero evidente en un procedimiento obligado a la búsqueda de la verdad[17] es el

[17] Al respecto, detallada y críticamente, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, § 16, II, 3, 4.

interés de asegurar esa búsqueda de la verdad frente a estrategias de obstrucción de la averiguación de la verdad. En tanto deban permanecer firmes estos presupuestos de nuestro procedimiento penal, la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y —menos necesariamente— por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables.

Debe ser jurídicamente posible frente a aquel cuya presencia es presupuesto del procedimiento y de la ejecución (fuga y peligro de fuga) y frente a aquel que puede evitar la averiguación de la verdad (peligro de obstrucción de la investigación). Esto se deriva con la misma estrictez que los fundamentos de la prisión mencionados, a partir de los presupuestos fundamentales de nuestro procedimiento penal. Dado que esta pérdida de la libertad, así entendida, es condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico, puede ser calificada de "sacrificio especial".[18]

Esta denominación, ciertamente, no alcanza el núcleo de la cuestión[19] —un sacrificio especial, así fundamentado, también debería ser impuesto, entonces, por ejemplo, frente al testigo, que también tiene deber de presencia y oportunidad de obstruir la averiguación de la verdad—. Pero lo que diferencia al imputado del testigo es la sospecha del hecho como otro presupuesto de la prisión, junto a sus otros

[18] *Arbeitskreis Strafprozeßreform* (nota 16), p. 30.

[19] En las consecuencias, ciertamente, también WOLTER (nota 3), pp. 486, 494.

fundamentos. En la sospecha del hecho se encuentra la legitimación para la pérdida de la libertad del imputado (que debe ser considerado inocente), porque la sospecha del hecho es fundamento y motivo del procedimiento penal, y con esto, el elemento que hace nacer la posibilidad de medidas de coerción procesal penal, entre ellas, también la prisión preventiva. La sospecha del hecho no hace "un poco culpable" al imputado —lo cual sería imposible[20]—. Pero expresa que aquel contra el cual ella se dirige se halla, desde el punto de vista del derecho penal, en una posición totalmente diferente que un tercero no sospechado, aun cuando ese tercero fuera el único testigo del hecho.

Con esto, por cierto, no se ha creado para la prisión preventiva y sus presupuestos más que un fundamento general, cuyas particularidades todavía deben ser elaboradas. Estas particularidades sólo pueden ser elaboradas si se toma en cuenta el otro polo de los parámetros normativos, que no se refieren a la legitimación de la prisión preventiva, sino a sus límites.

2. **Límites de la prisión preventiva**

a) *Presunción de inocencia*

La prisión preventiva es privación de libertad frente a un inocente. Entre juristas penales no deberían existir dudas acerca de que ni siquiera la sospecha más vehemente podría estar en condiciones

[20] Cf. *Arbeitskreis Strafprozeßreform* (nota 16), p. 29.

de restringir el principio de inocencia. Antes de la condena con autoridad de cosa juzgada la presunción de inocencia rige siempre, o no rige. Esto lo exige no sólo la garantía de existencia de este principio, del cual nada quedaría si al suficientemente sospechado se lo considerara como "quizá inocente", y al fuertemente sospechado como "más bien culpable". Esto es exigido también por el respeto frente al procedimiento principal y frente a su conclusión con fuerza de cosa juzgada: quien no defiende la presunción de inocencia aun en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria. El jurista penal, en lo que se refiere a la culpabilidad del imputado, sólo confía en la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Se permite confiar en la fuerza de existencia de esta sentencia aun cuando sean absolutamente posibles las dudas acerca de su corrección.

De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento.

Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento:[21] posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los *fundamentos de la detención* basados en la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y sólo éstos. Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

En contra de esto no es posible objetar que nuestro sistema de derecho penal desde hace mucho tiempo persigue objetivos de prevención independientemente de la culpabilidad a través de las medias de mejoramiento y seguridad. Pues estas medidas presuponen, por su parte, una condena por un hecho, que es justamente lo que le falta al decreto de prisión preventiva, y por ello, son parte del derecho penal y no, por ejemplo, del derecho policial. Algo diferente puede ser la situación con respecto a la internación provisional de sospechosos del hecho con perturbaciones psíquicas,[22] porque esta medida provisional

[21] Cf. *supra*, II, 1.

[22] Cf. *Arbeitskreis Strafprozeßreform* (nota 16), § 35, pp. 147 y ss.: en lo que sigue se agregan las referencias del proyecto de ley respecto de la prisión preventiva al texto entre paréntesis.

persigue la misma finalidad preventiva que la medida de seguridad misma.

b) *Prohibición de exceso*

Aun cuando la prisión preventiva se limita a los objetivos legítimos del aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, continúa siendo una injerencia que lesiona la libertad. Puede conducir a daños producidos por la prisión, por lo general tiene efecto desocializante, y perjudica, además, el programa político-criminal de reducir las privaciones de libertad de corta duración.[23] Por ello, debe ser medida teniendo en cuenta la prohibición de exceso como segundo importante parámetro normativo. La prohibición de exceso exige una ponderación valorativa entre objetivo legítimo y efectos no deseados. Por ello, las exigencias que se derivan de ella no pueden tener la estrictez de las que resultan de la presunción de inocencia. Igualmente, resultan claramente evidentes los límites de una regulación orientada a partir del principio de proporcionalidad.

Una consecuencia obvia de la prohibición de exceso es *la prioridad de las medidas menos lesivas* que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva (§ 8); al respecto, poco es lo que se puede discutir. Pero la prohibición de exceso exige, además, que la no disponibilidad de medios menos lesivos sea incorporada a los presupuestos del decreto

[23] Cf. §§ 47, 56, StGB.

de prisión (§ 5, Nº 4): cuando se encuentra a mano un medio menos lesivo e idóneo, entonces se debe aplicar únicamente éste, si el imputado lo consiente (§ 8, párr. 2); un decreto de prisión preventiva constituiría entonces un perjuicio excesivo y no justificado, por no necesario. Sólo resulta necesario cuando la medida menos lesiva se revela como inidónea (§ 8, párr. 5).

El hecho de que claramente más de un tercio de los detenidos en prisión preventiva no sea condenado a una pena privativa de libertad de ejecución efectiva[24] resulta intolerable desde el punto de vista de la proporcionalidad. Ciertamente, la pena privativa de libertad tiene otros presupuestos y otras funciones que la prisión preventiva. Pero también es cierto que la pérdida de la libertad significa para el afectado la máxima injerencia en sus derechos que el sistema penal puede imponerle, y que las diferentes funciones de la prisión en nada alteran la intensidad de esa injerencia. Por lo tanto, al analizar la proporcionalidad de la injerencia se debe poner en la balanza la *gravedad de la consecuencia penal a esperar.* Si esta consecuencia penal no alcanza a la privación de libertad, entonces la pérdida de la libertad para aseguramiento de la consecuencia penal resulta desproporcionada. Por tanto, la prohibición de exceso exige que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión. Dado que en el caso de una expectativa de pena leve es difícil

[24] *Supra*, I, 2.

pronosticar una condena de ejecución condicional, se debería fijar la expectativa de pena en [cuando menos*] un año (§ 5, Nº 2). Si de lo que se trata no es del aseguramiento de la ejecución y del procedimiento en sentido estricto, sino de la *presencia del acusado en el procedimiento principal*, se debe ponderar entonces la pérdida de la libertad del acusado frente al valor de un procedimiento en presencia (§§ 10, 11).

Se encuentra fuera de discusión que la *sospecha del hecho* como presupuesto de la prisión preventiva debe ser "vehemente", y esto no en último término debido a que los niveles de sospecha son difícilmente formalizables, y, en esta medida, le quedan al juez ámbitos de libertad. Una regulación de la prisión preventiva que quiera tomar en cuenta la prohibición de exceso también respecto de la sospecha del hecho debe esforzarse en sujetar al juez mediante formulaciones más precisas que las del § 112, párr. 1, 1ª oración, StPO, para una fundamentación más exacta y controlable. Esta consecuencia derivada de la prohibición de exceso alcanza no sólo a la sospecha del hecho (§ 5, Nº 1), sino también a la formulación de los fundamentos de la prisión (§ 6) y al contenido

* La aclaración no es del original, pero es necesaria para facilitar la comprensión. El autor se refiere allí al § 5, Nº 2, del proyecto del *Círculo de Trabajo de la Reforma del Proceso Penal* (v. nota 16), el cual, bajo el título "Presupuestos de la prisión preventiva", rezaba: "Puede ser dispuesta la prisión preventiva contra el inculpado, cuando: ... 2º) por ese hecho, sea de esperar una pena de libertad de cumplimiento efectivo de, cuando menos, un año" (cf. *Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Untersuchungshaft — Gesetzentwurf mit Begründung [La prisión preventiva — Proyecto de ley con fundamentación]*, Heidelberg, 1983, p. 4). (N. de la T.)

necesario del decreto de prisión (§ 13): en todos ellos deben ser mencionados especialmente los "hechos determinados" a partir de los cuales el juez extrae conclusiones. No puede esperarse que de este modo queden excluidos los fundamentos apócrifos de la prisión; el legislador no puede "salir al encuentro" de la jurisprudencia, no puede determinarla completamente. Pero puede —y debe— aprovechar ampliamente las oportunidades de control judicial y público de decretos de prisión.

También se encuentra fuera de discusión que el *principio de proporcionalidad* debe ser formulado en forma particular para el derecho de la prisión preventiva. Al respecto, debe tomarse en cuenta que los límites de la prisión preventiva señalados ya son concreciones del principio de proporcionalidad. Igualmente tiene sentido destacar este principio en particular especialmente aquí (§ 2). Esto, por un lado, es especialmente difícil frente a la injerencia intensa de la prisión preventiva. Por el otro, a pesar de estas concreciones, tiene otro ámbito de aplicación, tal como el caso del peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, el cual, comparativamente, se deriva de manera menos necesaria de los presupuestos fundamentales de nuestro derecho procesal penal,[25] y, consecuentemente, debe tolerar más limitaciones a partir de la proporcionalidad —por ejemplo, respecto de la obstrucción de la averiguación de hechos referidos a la individualización de la pena.[26]

[25] Cf. *supra*, II, 1.

[26] *Arbeitskreis Strafprozeßreform* (nota 16), fundamentación del § 6, p. 68; WOLTER (nota 3), p. 471.

3. **Política criminal a largo plazo**

Si se miden los presupuestos de la prisión preventiva a partir de los parámetros normativos de la Convención de Derechos Humanos, la Constitución y demás fundamentos de nuestro derecho procesal penal, de ello surge que es posible la legitimación de este medio de coacción, pero sólo dentro de límites claramente más estrechos que los de la Ordenanza Procesal Penal vigente. Por ello, cabe preguntarse con qué oportunidades y con qué resistencias debe contar una concepción orientada estrictamente a los principios jurídicos. En mi opinión, la resistencia más intensa en contra de tal concepción se alimenta de la difundida creencia en la posibilidad de dar solución a los problemas de la criminalidad con medios del derecho penal. El fundamento de la prisión de peligro de reiteración (§ 112*a*, StPO), pero también el "fundamento de la prisión" de la gravedad del hecho (§ 112, III, StPO), de ningún modo podrían ser explicados sin esta creencia: con el instrumento de la prisión preventiva se debe intervenir lo más rápido y decididamente que sea posible en crisis que no tienen que ver con el proceso penal mismo, sino con la criminalidad y con la reacción de la población frente a la criminalidad. Esta creencia es fuerte, a pesar de que —¿o, justamente, por qué?— no puede apoyarse en conocimiento cierto. Poco es lo que puede decir en contra de esta creencia el que no sea posible formular prognosis referidas al caso con seguridad suficiente[27]

[27] Cf., p. ej., Frisch, *Prognosenentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei*

y que los fundamentos de la prisión sin referencias precisas al procedimiento son, por principio, ilegítimos.

Por ello, las propuestas que se dirigen a una reducción de la duración del procedimiento o a una transformación de la dogmática del actuar posterior,[28] para la disminución del peligro de reiteración, son seguramente razonables, pero también prometen, seguramente, pocos resultados. Quien quiera aplicar la prisión preventiva para la lucha contra la criminalidad siempre podrá apoyarse en modelos extranjeros y en comprobaciones estadísticas, también luego de la realización de tales propuestas. El verdadero punto de partida de una solución es admitir que el derecho penal y el derecho procesal penal no "solucionan" o "eliminan" los problemas de la criminalidad, sino que sólo pueden "elaborarlos"[29] —protegiendo lo mejor posible los derechos de todos—. Una prevención general efectiva y orientada a la justicia no consiste en la intensificación de los instrumentos del derecho penal para una lucha a largo plazo contra la criminalidad, sino en la vinculación decidida a los principios jurídicos consentidos para la evitación de lesiones a los derechos de los afectados a corto y mediano plazo. No podemos saber cómo se desarrollará la criminalidad y qué papel jugará en ello la prisión preventiva. Pero podemos ver qué es

Nichtwissen, 1983, pp. 34 y ss.: ANAGNOSTOPOULOS, *Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr*, 1984, 2, 4, 1.

[28] Así WOLTER (nota 3), pp. 491 y s., con otras citas.

[29] Más detalladamente, al respecto, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (nota 17), pp. 259 y ss., 295 y ss.

lo que hacemos con la prisión preventiva en forma inmediata. Si no abusamos de la prisión preventiva como instrumento para la intervención en las crisis, valores irrenunciables como la prohibición de exceso y la presunción de inocencia tienen mejores chances de sobrevivir —también, y justamente, en la conciencia de la población.

III. CONCLUSIONES

1. Estadísticamente, fuga y peligro de fuga son los fundamentos de la prisión preventiva utilizados con mayor frecuencia. Más de un tercio de los detenidos en prisión preventiva no es condenado a pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. En el extranjero comparable también se persiguen mediante la prisión preventiva objetivos que no se agotan en el puro aseguramiento del procedimiento. Con todo lo importante que son estos datos, sólo adquieren fuerza expresiva frente al trasfondo de los parámetros normativos. La confiabilidad de los resultados estadísticos es perjudicada, además, por la "cifra negra" y por los "fundamentos apócrifos de la prisión".

2. Antes de investigar si la prisión preventiva es efectivamente idónea para la lucha contra la criminalidad (por ejemplo, contra el peligro de reiteración), se debe haber decidido si está permitido utilizarla para ese objetivo. A partir de principios fundamentales de nuestro derecho procesal penal se deriva que esto no está permitido.

3. La prisión preventiva es irrenunciable y legítima, en tanto se pretenda ejecutar el procedimiento

en presencia del imputado, averiguar la verdad y asegurar las consecuencias del procedimiento. Es legítima frente a aquel que es sospechado en forma vehemente del hecho.

4. Es legítima sólo para aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, pero no para la persecución de objetivos penales materiales, tales como la lucha contra el peligro de reiteración. Esto se deriva necesariamente del principio por el cual se presume la inocencia. Sólo constituyen fundamentos admisibles de la prisión la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la investigación.

5. La prohibición constitucional de exceso exige con relación a los presupuestos de la prisión la prioridad de las medidas menos lesivas, la expectativa de una pena de prisión ejecutable de por lo menos un año, así como la formulación más estricta y precisa de la ley respecto de la sospecha del hecho, los fundamentos de la prisión y el contenido del decreto de prisión.

6. Medidas colaterales, tales como el acortamiento del procedimiento penal no prometen una ayuda efectiva a largo plazo. Más importante es admitir que los problemas de la criminalidad no pueden ser solucionados mediante la prisión preventiva, y que la conciencia jurídica de la población se refuerza más mediante un respeto decidido de los principios jurídicos fundamentales que mediante una fuerte intervención de crisis con ayuda de la prisión preventiva.**

** La ponencia aparecerá próximamente también en el Anwaltsblatt. (La aclaración con dos asteriscos es literal de la versión original [N. de la T.])

Esta edición se terminó de imprimir en
Febrero de 2003, en Gráfica Laf s.r.l.,
Loyola 1654 - (C1414AVJ) Cap. Fed.